



الجمهورية العربية السورية

جامعة دمشق

كلية الحقوق

قسم القانون الخاص

الطبيعة القانونية لعقد المقاولة مقابل نسبة من البناء

دراسة مقارنة

رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير في القانون الخاص

إعداد

ديالا ناصر الحبي

إشراف الدكتور

جمال مذكور

المدرس في قسم القانون الخاص

(2023-2022)

الإهداء

إلى كل باحث عن المعرفة والحقيقة ... وكل من تعلم العلم وعلمه..

إلى كل من ساهم في تحقيق العدالة ... وكل من دافع عن مظلوم..

إلى كل من وقف جانبي مشجعاً ...

من ساهم بفكرة.. أو أبدى نصيحة.. أو قدّم مشورة..

إلى كل من أهداني من علمه ...

ومن وقته الثمين .. لأجني ثمرة بحثي هذا ..

لكم مني كل الشكر والتقدير

الشكر

أشكر الله تعالى وأحمده على توفيقه لي في إتمام هذه الرسالة، كما أتقدم بالشكر والامتنان والعرفان إلى المشرف العلمي، الذي تفضل بالإشراف على رسالتي الدكتور جمال اسماعيل مذكور، فقد كان نعم السند والدعم في إنجاز هذا العمل؛ بفضل ما قدمه لي من وقته الثمين وعلمه الوفير وجهده وتوجيهاته الهادفة ونصائحه السديدة، التي رفعت من السوية العلمية للدراسة من جميع نواحيها، وإلى أخلاقه النبيلة وتشجيعه المستمر لي في سبيل مواصلة البحث.

وأقدم بجزيل الشكر والامتنان إلى أعضاء لجنة الحكم الكرام، لقبولهم الإشراف على تحكيم رسالتي وتقويمها وإثرائها بملاحظاتهم القيّمة، ولما بذلوه من وقت وجهد في القراءة والمناقشة، ولجهودهم المستمرة في دعم مسيرة التحصيل العلمي والارتقاء بها إلى أعلى المراتب.

كُلُّ الشكر والتقدير والاحترام

الباحثة

فهرس المحتويات

الموضوع	الصفحة
الملخص	أ
المقدمة	1
إشكالية البحث	3
تساؤلات البحث	3
هدف البحث	4
أهمية البحث	4
مبّرات البحث	4
حدود البحث	5
الدراسات السابقة	6
منهج البحث وأدواته	7
خطة البحث	8
مبحث تمهيدى: مفهوم عقد المقاولة مقابل نسبة من البناء	13
المطلب الأول: عقد المقاولة	13
الفرع الأول: تعريف عقد المقاولة وتطوره التاريخي	13
أولاً: تعريف عقد المقاولة	13
ثانياً: تاريخ عقد المقاولة وتطوره	15
الفرع الثانى: أركان عقد المقاولة وخصائصه	17

17	أولاً: أركان عقد المقاولة.....
18	ثانياً: خصائص عقد المقاولة.....
19	المطلب الثاني: عقد المقاولة مقابل نسبة من البناء (عقد الشراكة والتخصص).....
19	الفرع الأول: عقد المقاولة مقابل نسبة من البناء ، أركانه وخصائصه.....
19	أولاً: تعريف عقد المقاولة مقابل نسبة من البناء.....
19	ثانياً: أركان عقد المقاولة مقابل نسبة من البناء ، وخصائصه.....
20	الفرع الثاني: عقد التخصص، أركانه وخصائصه.....
20	أولاً: تعريف عقد التخصص.....
22	ثانياً: أركان عقد التخصص، وخصائصه.....
23	الفصل الأول: التكيف القانوني لعقد المقاولة مقابل نسبة من البناء.....
24	المبحث الأول: عناصر الوصف القانوني لعقد المقاولة مقابل نسبة من البناء.....
24	المطلب الأول: صفة المتعاقدين.....
25	الفرع الأول: رب العمل.....
26	أولاً: حين يكون رب العمل غير تاجر.....
27	ثانياً: حين يكون رب العمل تاجراً.....
28	ثالثاً: الأشغال العقارية.....
29	الفرع الثاني: المقاول.....
31	المطلب الثاني: التزامات طرفي العقد.....
31	الفرع الأول: التزامات رب العمل.....
31	أولاً: تمكين المقاول من إنجاز العمل.....
33	ثانياً: تسلم العمل وقبوله.....
36	ثالثاً: دفع الأجر.....
50	الفرع الثاني: التزامات المقاول.....

أولاً: القيام بالعمل المكلف به بموجب عقد المقاولة	50
ثانياً: المحافظة على الأشياء المسلمة إليه من مالك العقار المُعد للبناء واستخدامها طبقاً للأصول	58
ثالثاً: تسليم البناء بعد إشادته إلى مالك العقار	59
رابعاً: التزامات: النصح، والأمن (أو السلامة)، والحيلة والرقابة	63
خامساً: ضمان العيوب الخفية	64
المبحث الثاني: المقاولة من الباطن	64
المطلب الأول: علاقة المقاول الأصلي بالمقاول من الباطن	66
المطلب الثاني: علاقة المقاول الأصلي برب العمل	69
المطلب الثالث: علاقة رب العمل بالمقاول من الباطن	69
المبحث الثالث: مقارنة عقد المقاولة مقابل نسبة من البناء مع بعض العقود الأخرى	75
المطلب الأول: التمييز بين عقد المقاولة وعقد البيع	75
المطلب الثاني: التمييز بين عقد المقاولة وعقد الشركة	80
المطلب الثالث: التمييز بين عقد المقاولة وعقد العمل	82
المطلب الرابع: التمييز بين عقد المقاولة وعقد الوكالة	85
المطلب الخامس: التمييز بين عقد المقاولة وعقد الأشغال العامة	89
الفصل الثاني: آثار عقد المقاولة مقابل نسبة من البناء	93
المبحث الأول: الضمان في عقد المقاولة مقابل نسبة من البناء	93
المطلب الأول: نطاق تطبيق نظرية الضمان العشري من حيث الأشخاص	95
الفرع الأول: الأشخاص المعنيين بنظرية الضمان العشري	95
الفرع الثاني: خصائص مسؤولية المعمارين بعد تسلم العمل	99
المطلب الثاني: التزام المقاول والمهندس المعماري بالضمان العشري وطبيعته	102
الفرع الأول: طبيعة الضمان العشري والنتائج المترتبة عليه	102
أولاً: النتائج المترتبة على المسؤولية العقدية	103
ثانياً: النتائج المترتبة على المسؤولية التقصيرية	104

108.....	الفرع الثاني: سبب الضمان
111.....	الفرع الثالث: تخفيف المسؤولية من الضمان
112.....	المطلب الثالث: دعوى المشتري بالضمان العشري بمواجهة المقاول أو المهندس
112.....	الفرع الأول: مضمون دعوى الضمان العشري
116.....	الفرع الثاني: المدة القانونية للضمان العشري
118.....	الفرع الثالث: الطبيعة القانونية لمدة الضمان العشري
120.....	الفرع الرابع: أنواع الضمان
120.....	أولاً: ضمان الإنجاز التام: (ضمان لسنة في التشريع الفرنسي).
121.....	ثانياً: الضمان العشري
121.....	ثالثاً: الضمان لسنتين (حسب القانون الفرنسي)
121.....	الفرع الخامس: مسؤولية المقاول والمهندس عن عيوب البناء اتجاه رب العمل
123.....	الفرع السادس: شروط تحقق المسؤولية المدنية
124.....	المبحث الثاني: الإثبات في عقد المقاولة مقابل نسبة من البناء (الشراكة والتخصص)
126.....	المطلب الأول: الإثبات في عقد المقاولة مقابل نسبة من البناء
129.....	المطلب الثاني: الإثبات في عقد التخصص
131.....	المبحث الثالث: انقضاء عقد المقاولة مقابل نسبة من البناء
132.....	المطلب الأول: الأسباب العامة والأسباب الخاصة لانقضاء
132.....	الفرع الأول: الأسباب العامة لانقضاء
132.....	أولاً: الوفاء
132.....	ثانياً: استحالة التنفيذ
135.....	ثالثاً: اتفاق الطرفين على إنهاء العقد
135.....	رابعاً: انتهاء المدة المحددة للعقد
136.....	خامساً: نكول أحد الطرفين عن الوفاء بالتزاماته
138.....	الفرع الثاني: الأسباب الخاصة لانقضاء عقد المقاولة مقابل نسبة من البناء

138.....	أولاً: هلاك البناء.....
143.....	ثانياً: التحلل من العقد بالإرادة المنفردة
144.....	ثالثاً: موت المفاوض.....
146.....	المطلب الثاني: المحكمة المختصة بالنظر في فسخ أو تثبيت عقد المقابلة مقابل نسبة البناء
147	المبحث الرابع: إشكاليات تنفيذ عقد المقابلة مقابل نسبة من البناء.....
148.....	المطلب الأول: الإشكاليات الناشئة عن عقد المقابلة مقابل نسبة من البناء وعقد التخاصص
151.....	المطلب الثاني: الإشكاليات الناشئة عن تنفيذ عقد المقابلة مقابل نسبة من البناء
157	الخاتمة
157	النتائج:
158	التوصيات:
160	قائمة المراجع
166.....	Abstract.....

الملخص

تتناول هذه الدراسة البحث في الطبيعة القانونية لعقد المقاولة مقابل نسبة من البناء ضمن إطار القانون المدني السوري رقم (84) لعام 1949، والقانون المدني المصري رقم (131) لعام 1948، والقانون المدني الفرنسي لعام 1804، وعديد من القوانين المدنية العربية الأخرى. وقد عرضت هذه الدراسة المعيار الذي يمكن الاستناد إليه من أجل وصف طبيعة هذا العقد والتكييف القانوني لكل من عناصره والتزامات أطرافه، وطبيعة الضمان العشري لكل من المقاول والمهندس المعماري. إضافة إلى إمكانية تطبيق قواعد المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية في حال الإخلال بالتزامات العقد، وطرق الإثبات المتبعة أمام المحاكم في حال ولوج باب القضاء. مع عرض الآثار التي تترتب على هذا العقد ومجموعة الإشكاليات التي تنشأ عن العقد نفسه والتي تنشأ عند تنفيذه. كذلك تطرقت الدراسة إلى بعض الاجتهادات القضائية المتعلقة بعقد المقاولة مقابل نسبة من البناء.

الكلمات المفتاحية: عقد المقاولة، عقد المقاولة مقابل نسبة من البناء، المقاولة من الباطن، الضمان العشري.

المقدمة

تعد قطاعات البناء وإحداث المنشآت الثابتة من أهم الأهداف التي تسعى الدول إلى تحقيقها، وتعمل على تأمين التنظيم التشريعي لها. وسعيًا من الدول لإعطاء الثقة والأمان للمستثمرين، فقد كرس بعض أنواع الاستثمار على حساب استثمارات أخرى، وكان أهمها تعزيز الاستثمار العقاري الذي أحدث بدوره طفرة عقارية وعمرانية، أسهمت أيضاً في ظهور نماذج متطورة لعدة عقود كانت معروفة سابقاً. منها عقد المقاول، الذي ظهر تبعاً له عقد المقاول مقابل نسبة من البناء (عقد الشراكة والتخصص)، نموذجاً متطوراً عن عقد المقاول المعروف سابقاً.

وللموضوع أهمية كبيرة في الظروف العادية الطبيعية، إلا أن أهميته ازدادت؛ في ظل الظروف الاستثنائية والحرب التي مرت بها سورية. وبالتالي فوجوب تجاوز آثار هذه الظروف بإعادة البناء والإعمار، هو واجب؛ والعمل في المرحلة القادمة على إنشاء عديد من المباني والمنشآت الضخمة، هو مطلب أساسي. وقد أصبح عقد المقاول مقابل نسبة من البناء من أكثر العقود شيوعاً في التعامل، ويرجع سبب التوجه هذا، إلى أنه سهل على كل من طرفيه فكرة الاستثمار العقاري. فلا يضطر المقاول إلى شراء أرض تكلفه ملايين الليرات لإشادة البناء عليها، وكذلك المالك للعقار الذي يفتقر للكفاءة المالية والفنية للقيام بمثل هكذا مشروع، فالتقاء المصالح بين الطرفين أدى إلى تكريس هذا النموذج من العقود.

فعقد المقاول مقابل نسبة من البناء، هو الأداة المناسبة التي تترجم سعي صاحب العقار الجاهل بأصول المهنة، إلى أشخاص آخرين من أهل الخبرة_ المقاول والمهندس المعماري_ لإنجاز العمل موضوع العقد وهو إشادة بناء وفقاً للمعايير الهندسية والمقاييس المعمارية اللازمة. ويمكن اللجوء إلى أكثر من مقاول لإتمام العمل، حسب ضرورة الحاجة إلى ذلك، وعندها نكون أمام عقد جديد (مقاول من الباطن)، وهذا طبعاً في حال كانت بنود العقد الأساسي (عقد المقاول مقابل نسبة من البناء) تسمح بذلك.

ويمتاز عقد المقاول مقابل نسبة من البناء بخصوصية تتعلق بنوعية الأجر الذي يتقاضاه المقاول وهو تملكه لنسبة (حصة سهمية) متفق عليها في البناء المشاد، وكذلك فيما يخص صفة المتعاقدين (رب العمل والمقاول)،

ومدى تأثيرها على الوصف القانوني للعقد، وطبيعة العمل المطلوب تنفيذه إن كان بناءً فردياً أو مجموعة أبنية تحمل طابع الاستثمار التجاري؛ فجميعها معطيات أساسية يبنى عليها التكييف القانوني للعقد لمعرفة نوعه (مديني_ تجاري_ إداري)، وحتى لمعرفة الوصف القانوني له، هل هو عقد (بيع، شركة، عمل، إيجار، وكالة، أو عقد أشغال عامة)، ومن ثم طرق إثباته، وبالتالي تحديد نوع المحاكم التي تنتظر بالنزاعات الناشئة عنه. فهذه المعطيات والتمييز بينها والنزاعات الدائرة حولها، هو أحد الإشكاليات التي تجبر المتعاقدين لولوج باب القضاء والتداعي أمامه وبالتالي الخوض في الطبيعة القانونية التي تحكم العقد.

كذلك الأمر فيما يخص التزامات المتعاقد، فليس فقط الالتزام هو إنجاز العمل المطلوب منه وتسليمه، بل الالتزام بسلامة الأعمال محل التعاقد هو الأهم الذي يرتب مسؤولية على الإخلال به، وهذه المسؤولية لا تقتصر على المتعاقد (المقاول)، وإنما تطل المهندس المعماري المشرف على التنفيذ. فأعمال البناء والتشييد تعد من الأعمال المعقدة التي تتطلب مؤهلات علمية وخبرات فنية عالية، يقدمها مختصون كالمقاول والمهندس المعماري ويشترك معهم عمال وفنيون ومقاولون من الباطن. وهذا يجعل نسبة الخطأ في هذه الأعمال إلى شخص محدد أمراً يصعب تحديده أو حتى إثباته. وهذا ما يتطلب أهمية وجود أحكام متشددة تكفل حسن تنفيذ إرادة البناء، وإصلاح الأضرار المترتبة عن وجود خلل فيه إن أمكن ذلك، وحصول المتضررين على التعويض المناسب جراء الضرر، وذلك بعد إنجاز العمل وتسليمه إلى رب العمل. وهذه الأحكام هي المسؤولية الخاصة لكل من المقاول والمهندس المعماري عما يصيب البناء أو المنشآت الثابتة الأخرى من تدهم كلي أو جزئي أو عيب من شأنه تهديد متانة البناء أو المنشآت، أو سلامتها، خلال عشر سنوات تبدأ من تاريخ تسلم صاحب العمل البناء.

وتعد المسؤولية العشرية مسؤولية تضامنية تتصل بالنظام العام ولا يمكن الإعفاء أو الحد منها، كما أنها تسري على العقود المدنية والتجارية والإدارية. ومرد هذه المسؤولية هو الخطورة التي يمكن أن تهدد شاغلي البناء بعد إشيادته وأصحاب العقارات المجاورة في حال عدم سلامة البناء ووجود عيوب فيه تهدد سلامته وتعرضه للانهيار أو التصدع.

وهذه الأسباب إضافة إلى عدد من الإشكاليات التي يمكن أن تواجهنا بسبب العقد بحد ذاته، أو نتيجة آثاره بعد الدخول حيز التنفيذ، مع محاولة إيجاد حلول مناسبة لها، هي ما دفعتني لاختيار مادة البحث.

إشكالية البحث:

ترتبط إشكاليات البحث ارتباطاً وثيقاً بعنوان البحث (الطبيعة القانونية لعقد المقاولة مقابل نسبة من البناء)؛ فالنزاعات التي تنشأ حول هذا العقد وتنفيذه، والتي تجبر المتعاقدين للتداعي أمام القضاء، وبالتالي بدء البحث في التكييف القانوني لعناصر عقد المقاولة مقابل نسبة من البناء، الذي يحدد بدوره نوع المحكمة المختصة للنظر في هذه النزاعات، وطرق إثبات الحق أمامها؛ هي التي توصلنا إلى الطبيعة القانونية التي تحكم العقد.

والإشكاليات كثيرة أفردت لها مبحثاً كاملاً في نهاية البحث، إلا أن أهمها هو: الافتقار لوجود عقود نموذجية شاملة لكل عناصر العقد ومفاصله شمولاً دقيقاً ومدروساً. إضافة إلى الظروف الأمنية والاقتصادية في ظل الحرب التي جعلت مقاولي البناء غير قادرين على إنجاز العمل وإكماله. هذا غير ندرة المواد المطلوبة وغلاء أسعارها الذي يفوق قدرة المواطنين وهجرة اليد العاملة والمختصين في أصول المهنة، كلها أدت إلى تراكم الدعاوى القضائية أمام المحاكم في ظل غياب وجود الحلول لمثل هذه المشكلات.

تساؤلات البحث:

ل للوصول إلى حل لمشكلة البحث، ستطرح التساؤلات الآتية:

- (1). متى يكون عقد المقاولة عقداً مدنياً ومتى يكون عقداً تجارياً؟
- (2). ما هي نسبة تطبيق قانون التجارة على الواقع وخاصة بعد إحداث محاكم تجارية؟
- (3). أي العقدين يطبق في حال قدم المقاول العمل والمادة معاً، فهل يبقى العقد عقد مقاولة أم أنه يكون عقد بيع واقع على شيء مستقبلي؟
- (4). عن طبيعة الضمان العشري. فهل تعد هذه المسؤولية مسؤولية عقدية أم تقصيرية؟

هدف البحث:

دراسة الطبيعة القانونية لعقد المقاولة عامةً ولعقد المقاولة مقابل نسبة من البناء خاصةً، ومقارنتها مع عديد من القوانين الوضعية العربية والأجنبية. فالتكييف القانوني تناول كل معطيات هذا العقد، من حيث صفة المتعاقدين ومدى تأثيرها على الوصف القانوني للعقد وبالتالي على نوعه (مدني_ تجاري_ إداري) ومن ثم طرق إثباته، وتحديد نوع المحاكم التي تنتظر بإشكالياته. وكذلك تسليط الضوء على عديد من الإشكاليات التي يمكن أن تواجهنا بسبب العقد بحد ذاته، أو نتيجة آثاره بعد الدخول حيز التنفيذ، مع إيجاد بعض الحلول المناسبة لها.

أهمية البحث:

إن أهمية هذا البحث تتخطى حدود الأهمية الأكاديمية المعتادة لأي بحث يرفد المكتبة القانونية. لأنه يفترض أن يكون مادة علمية قد يستفيد منها المحامون_ القضاة_ المفاوضون_ المهندسون المعماريون وعامة الناس ممن سيكونون طرفاً في عقد المقاولة مقابل نسبة من البناء. سواء كانوا مستفيدين من هذا العقد، أو أحد ضحايا هذا العقد. فهو بمثابة خطوة أولية تلقي الضوء على أهمية الطبيعة القانونية لهذا العقد التي لا تثار إلا أمام القضاء بعد وقوع نزاع يستدعي ذلك.

مبررات البحث:

إن أكثر ما يشغل أروقة المحاكم (وبالأخص محاكم البداية المدنية)، هو موضوع دعاوى عقد المقاولة مقابل نسبة من البناء. فالتوسع العمراني وسعي الناس إلى استثمار عقاراتها بإشادة أبنية طابقية متعددة_ بقصد الربح أو بقصد السكن_ هو أكثر ما يشغلها وخاصة في المرحلة التي سبقت الحرب والأزمة السورية. فالنهضة العمرانية المتسارعة في ظل اقتصاد مريح التي ظهرت في تلك الآونة، فقدت بريقها بعد الحرب على سورية، وبدأت مشاكل هذا العقد تطفو على السطح ولأسباب عديدة: منها الركود الاقتصادي والافتقار لمواد البناء وارتفاع

الأسعار الجنوني وهجرة اليد العاملة وغيرها الكثير من الأسباب، مما تسبب بعدم إنجاز هذه العقود والتأخر في تنفيذها، وبالتالي نشوب خلافات عديدة_ بين أطراف العقد ومن بعدهم المشترون على الخارطة أو على أرض الواقع_ وشغل القضاء إلى درجة كبيرة بهذا النوع من الدعاوى.

حدود البحث:

تتخصر حدود البحث فيما يلائم محتوى البحث لا حرفية عنوانه، لتقوم على توضيح فكرة جوهرية صلبها أن الطبيعة القانونية لعقد المقاوله مقابل نسبة من البناء لا تثار أصلاً إلاً أمام القضاء بعد حدوث نزاع حول العقد أو تنفيذه. وبالتالي فحدود هذا البحث يمكن تقسيمها إلى:

حد قانوني يعنى بالجانب النظري، الفقهي، القضائي والتشريعي. وحد واقعي يعنى بالجانب العملي والأسباب والمشاكل.

أما حدود البحث المكانية والزمنية فهي:

الحدود المكانية: تتناول هذه الدراسة القوانين الوضعية، وأهمها القانون المدني السوري رقم (84) لعام 1949 ، والقانون المدني الفرنسي لعام 1804، والقانون المدني المصري رقم (131) لعام 1948، وغيرهم من القوانين المدنية العربية.

الحدود الزمنية: ستوسع هذه الدراسة وتتعلم في أحكام التشريعات الوطنية ذات الصلة بعقد المقاوله مقابل نسبة من البناء، مع الأخذ بالاجتهادات القضائية المتعلقة بهذا العقد.

ومن الصعوبات التي واجهت البحث، قلة توافر المراجع المتخصصة في موضوع عقد المقاوله مقابل نسبة من البناء بشكل مفصل. إضافة إلى الوضع الأمني والاقتصادي السيئ في ظل هذه الأزمة، وكذلك الحجر الصحي في ظل جائحة كورونا التي مرت بها البلاد؛ جعل الانتقال والبحث في المراكز والمكتبات المركزية في العاصمة أمراً مرهقاً ومكلفاً، خاصةً في ظل غياب أي تمويل مادي يساعد الباحث في إتمام بحثه العلمي.

الدراسات السابقة:

نظراً للأهمية الكبيرة لموضوع الطبيعة القانونية لعقد المقاولة مقابل نسبة من البناء، ولحاجة التوسع العمراني وبالأخص السكني، أصبحنا في حالة تماس مباشر مع عقود مقاولات البناء والاستثمار العقاري. وهذا ما جذب اهتمام الكثير من الباحثين في جميع أنحاء العالم للبحث في ماهية هذه الطبيعة وما يترتب عليها من آثار.

الدراسة الأولى: سعود فيصل محمد ال علي: "التزامات المقاول الأصلي تجاه المقاول من الباطن في عقد مقاولة البناء من الباطن"، 2023، تناولت هذه الدراسة حاجة المقاول الرئيسي في تنفيذ التزاماته العقدية إلى الاستعانة بمقاولين آخرين من ذوي التخصصات الفنية الدقيقة، لكي يستطيع أن ينفذ العقد على أكمل وجه ودون تأخير، وهذا ما أدى إلى ظهور المقاول من الباطن، فيعمل المقاول الأصلي مع المقاولين من الباطن فريقاً واحداً لتنفيذ عقد المقاولة الرئيسي، وذلك من خلال عقد المقاولة من الباطن، والمبرم بين كل من المقاول الرئيسي والمقاول من الباطن، وأصبح المقاول من الباطن هو المنفذ الفعلي لهذه العقود وأصبح المقاول الرئيسي هو مجرد الطرف المسؤول أمام رب العمل. وكان الهدف من هذه الدراسة هو تحديد الالتزامات التي تقع على عاتق المقاول الأصلي تجاه المقاول من الباطن في تمكين المقاول من الباطن من إنجاز العمل والالتزام بتسليم العمل منه وأخيراً دفع الأجر المتفق عليه. كما بحثت الدراسة في مفهوم الأجر وتعيينه وتعديله، وحالات تحديده فيما يكون باتفاق المتعاقدين أو بواسطة القانون، وكذلك بحثت في جزاء الإخلال بالتزام دفع الأجر. ومن أهم النتائج التي خلصت إليها الدراسة؛ أنه يجب على المقاول الأصلي تسهيل عمل المقاول من الباطن وتمكينه من إنجاز العمل دون تأخير.

الدراسة الثانية: ليث جبر حمزة: "الطبيعة القانونية للضمان العشري في عقود المقاولات"، 2021، تناولت الدراسة تعريف الضمان عامةً ومقارنته بالضمان العشري التي عرفت بأنه مسؤولية المقاول والمهندس المعماري عن البناء الذي أنشأه لمدة عشر سنوات ويتحملان الأضرار التي تلحق به. فالطبيعة القانونية لهذه المسؤولية (الضمان العشري) مردها عقد المقاولة الذي يربط المقاول برب العمل والذي ينتهي بالتسليم، ووفقاً لذلك تعددت الاتجاهات والآراء في الفقه والقضاء حول تحديد طبيعة تلك المسؤولية (مسؤولية مهندس البناء والمقاول في

علاقتها برب العمل) والأثر المترتب على التسليم وتناولت الدراسة ثلاث اتجاهات رئيسية، أولها يعد الضمان العشري مسؤولية تقصيرية، والثاني يعده مسؤولية عقدية، والثالث يعده مسؤولية قانونية، وخلصت الدراسة إلى أن المشرع العراقي في القانون المدني رقم 40 لعام 1951 والمعدل، وفي ظل هذه الاتجاهات الثلاثة؛ رأى أن المسؤولية في الضمان العشري هي مسؤولية عقدية، لأنه ربط هذه المسؤولية مباشرة بعقد المقاولة.

الدراسة الثالثة: محمد جلال جعفر: "عقد مقاول البناء في التشريع الأردني"، 2022، تناولت الدراسة عقد مقاولة البناء في ظل نصوص القانون المدني الأردني بالتأصيل والتوضيح لعناصره وركائزه، فتناولت الدراسة تعريف عقد المقاولة وتطرق إلى أهم خصائصه، ثم تحدثت عن صور إبرام عقد المقاولة فأشارت إلى عقد المقاولة مباشرة بين المقاول والمستفيد، وإلى عقد المقاولة من الباطن أو ما يسمى المقاول الثاني، وإلى عقد المقاولة بالبناء مع تخلل مؤسسة مالية. وكذلك تحدثت عن أحكام عقد مقاولة البناء وأثاره، وفيها تناولت التزامات المقاول والتزامات صاحب العمل، وتطرق إلى ضمان الضرر أو الخسارة وعيوب البناء التي تهدد متانته وسلامته في خلال عشر سنوات إذا لم يتضمن العقد مدة أطول. وتناولت الدراسة الحديث عن حالات انقضاء عقد المقاولة بالبناء استناداً للنصوص القانونية.

منهج البحث وأدواته:

انسجماً مع إشكالية هذا البحث وأهدافه، اتبعت في هذا البحث أسلوب منهج البحث الوصفي التحليلي. عن طريق دراسة موضوع البحث كيفياً بوصفه وبيان خصائصه، وتحليلياً كونه يقوم على التفسير والنقد والاستنباط من أجل الوصول إلى الأسباب والعوامل التي تتحكم في موضوع عقد المقاولة مقابل نسبة من البناء، وتحليل المشاكل التي تعترض تنفيذ هذا العقد، وبالتالي استخلاص النتائج لتعميمها. واتبعت المنهج المقارن، عن طريق التطرق إلى نصوص القانون المدني السوري والفرنسي والمصري واللبناني والعراقي والأردني وغيرهم عديد من القوانين العربية المتعلقة بموضوع البحث؛ لبيان اختلاف نظرة التشريعات محل الدراسة في موضوع الطبيعة القانونية لعقد المقاولة مقابل نسبة من البناء.

خطة البحث:

قسّمتُ البحث إلى مبحث تمهيدي يتناول مفهوم عقد المقاولة مقابل نسبة من البناء، من خلال مطلبين:

المطلب الأول يتناول تعريف عقد المقاولة وأركانه، والمطلب الثاني يتناول عقد المقاولة مقابل نسبة من البناء وعقد التخاصص مع أركانها وخصائصهما. وإلى فصلين: الفصل الأول يتناول التكييف القانوني لعقد المقاولة مقابل نسبة من البناء، من خلال ثلاث مباحث: يتناول المبحث الأول عناصر الوصف القانوني لعقد المقاولة مقابل نسبة من البناء، والمبحث الثاني المقاولة من الباطن، والمبحث الثالث مقارنة عقد المقاولة مقابل نسبة من البناء مع بعض العقود الأخرى، أمّا الفصل الثاني فيتناول آثار عقد المقاولة مقابل نسبة من البناء، من خلال أربع مباحث: المبحث الأول تناول الضمان في عقد المقاولة مقابل نسبة من البناء، والمبحث الثاني الإثبات في عقد المقاولة مقابل نسبة من البناء (الشراكة والتخاصص)، والمبحث الثالث انقضاء عقد المقاولة مقابل نسبة من البناء، والمبحث الرابع إشكاليات تنفيذ عقد المقاولة مقابل نسبة من البناء. وفقاً للآتي:

مقدمة

مبحث تمهيدي: مفهوم عقد المقاولة مقابل نسبة من البناء

المطلب الأول: عقد المقاولة

الفرع الأول: تعريف عقد المقاولة وتطوره التاريخي

الفرع الثاني: أركان عقد المقاولة وخصائصه

المطلب الثاني: عقد المقاولة مقابل نسبة من البناء (عقد الشراكة والتخصص)

الفرع الأول: عقد المقاولة مقابل نسبة من البناء، أركانه وخصائصه

الفرع الثاني: عقد التخصص، أركانه وخصائصه

الفصل الأول: التكييف القانوني لعقد المقاولة مقابل نسبة من البناء

المبحث الأول: عناصر الوصف القانوني لعقد المقاولة مقابل نسبة من البناء

المطلب الأول: صفة المتعاقدين

الفرع الأول: رب العمل

الفرع الثاني: المقاول

المطلب الثاني: التزامات طرفي العقد

الفرع الأول: التزامات رب العمل

الفرع الثاني: التزامات المقاول

المبحث الثاني: المقاولة من الباطن

المطلب الأول: علاقة المقاول الأصلي بالمقاول من الباطن

المطلب الثاني: علاقة المقاول الأصلي برب العمل

المطلب الثالث: علاقة رب العمل بالمقاول من الباطن

المبحث الثالث: مقارنة عقد المقاولة مقابل نسبة من البناء مع بعض العقود الأخرى

المطلب الأول: التمييز بين عقد المقاولة وعقد البيع

المطلب الثاني: التمييز بين عقد المقاولة وعقد الشركة

المطلب الثالث: التمييز بين عقد المقاولة وعقد العمل

المطلب الرابع: التمييز بين عقد المقاولة وعقد الوكالة

المطلب الخامس: التمييز بين عقد المقاولة وعقد الأشغال العامة

الفصل الثاني: أثار عقد المقاولة مقابل نسبة من البناء

المبحث الأول: الضمان في عقد المقاولة مقابل نسبة من البناء

المطلب الأول: نطاق تطبيق نظرية الضمان العشري من حيث الأشخاص

الفرع الأول: الأشخاص المعنيين بنظرية الضمان العشري

الفرع الثاني: خصائص مسؤولية المعمارين بعد تسلم العمل

المطلب الثاني: التزام المقاول والمهندس المعماري بالضمان العشري

الفرع الأول: طبيعة الضمان العشري والنتائج المترتبة عليه

الفرع الثاني: سبب الضمان

الفرع الثالث: تخفيف المسؤولية من الضمان

المطلب الثالث: دعوى المشتري بالضمان العشري بمواجهة المقاول أو المهندس

الفرع الأول: مضمون دعوى الضمان العشري

الفرع الثاني: المدة القانونية للضمان العشري

الفرع الثالث: الطبيعة القانونية لمدة الضمان العشري

الفرع الرابع: أنواع الضمان

الفرع الخامس: مسؤولية المقاول والمهندس عن عيوب البناء اتجاه رب العمل

الفرع السادس: شروط تحقق المسؤولية المدنية

المبحث الثاني: الإثبات في عقد المقاولة مقابل نسبة من البناء (الشراكة والتخصص)

المطلب الأول: الإثبات في عقد المقاولة مقابل نسبة من البناء

المطلب الثاني: الإثبات في عقد التخصص

المبحث الثالث: انقضاء عقد المقاولة مقابل نسبة من البناء

المطلب الأول: الأسباب العامة والأسباب الخاصة لانقضاء

الفرع الأول: الأسباب العامة لانقضاء

الفرع الثاني: الأسباب الخاصة لانقضاء عقد المقاولة مقابل نسبة من البناء

المطلب الثاني: المحكمة المختصة بالنظر في فسخ أو تثبيت عقد المقاولة مقابل نسبة من البناء

المبحث الرابع: إشكاليات تنفيذ عقد المقاولة مقابل نسبة من البناء

المطلب الأول: الإشكاليات الناشئة عن عقد المقاولة مقابل نسبة من البناء و عقد التخصيص

المطلب الثاني: الإشكاليات الناشئة عن تنفيذ عقد المقاولة مقابل نسبة من البناء

خاتمة

مبحث تمهيدي: مفهوم عقد المقاولة مقابل نسبة من البناء

المطلب الأول: عقد المقاولة

وسنبحث في مفهوم عقد المقاولة من خلال فرعين، الأول هو تعريفه وتطوره التاريخي، والثاني أركانه وخصائصه...

الفرع الأول: تعريف عقد المقاولة وتطوره التاريخي:

أولاً: تعريف عقد المقاولة:

المقاولة لغةً وحسب ما وردت في المنجد بأنها المفاوضة والمجادلة ومنه قولهم:

"قوله في الأمر: باحثه وجادله. وتناولوا في الأمر: تفاوضوا.

والمُقَاوَلَة: أن يتعاهد اثنان أو أكثر على عمل أمرٍ معاً كبناء دارٍ أو القيام بتجارةٍ ونحوهما. قيل لها كذلك لما فيها من المجادلة والمفاوضة"¹.

وتطلق أيضاً على "إعطاء العمل للآخر"².

أما المقاولة في القانون: فهي أحد العقود الواردة في باب عقد العمل، ونظمت أحكام عقد المقاولة في القانون المدني السوري في المواد من (612 حتى 633) من الباب الثالث.

وقد عرفها المشرع في المادة (612) من القانون المدني السوري بأنها:

((المقاولة عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئاً أو أن يؤدي عملاً لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر)).

"وهذا يطابق ما ورد في المادة (646) في التقنين المدني المصري والمادة (645) في التقنين المدني الليبي

¹ المنجد في اللغة والإعلام، المنجد في اللغة. (1992). ط: 33. بيروت: لبنان. دار المشرق. ص: 663.

² مختار الصحاح. (1807/5). ص: 556. المعجم الوسيط. ص: 767.

والمادة (520) في التقنين المدني السوداني والمادة (780) من التقنين المدني الأردني وموافقاً مع التقنين المدني العراقي في المادة (864) والمادة (828) من التقنين المدني التونسي³.

كما عرفت مجلة الأحكام العدلية في المادة (124) بأن "الاستصناع عقد مقاوله مع أهل الصنعة على أن يعملوا شيئاً فالعامل صانع والمشتري مستصنع والشيء مصنوع"⁴.

وعرفته الفقرة الثانية من المادة (828) من مجلة الالتزامات والعقود التونسية بأنه "عقد على اصطناع شيء معين بالوصف المضبط في مقابلة أجر معين أيضاً"⁵.

إلا أن بعض الفقه قد عرفه بتعريف مستقل بأنه "عقد يقصد به أن يقوم شخص بعمل معين لحساب شخص آخر في مقابل أجر دون أن يخضع لإشرافه أو إدارته"⁶.

وعند النظر إلى هذه التعريفات نجدها متقاربة جداً، إلا أن التعريف الأخير وضع خاصية مهمة في عقد المقاوله وهي استقلال المقاول عن الخضوع لرب العمل.

وإن كانت هذه الخاصية لم ترد في تعريف عقد المقاوله بالقانون السوري إلا أن كثيراً من اجتهادات محكمة النقض السورية أكدت عليها في عقد المقاوله ومنها: "1- إن المقاول لا يخضع لإرادة صاحب العمل وإشرافه بل يعمل مستقلاً وفق شروط العقد ويقوم بالعمل لمصلحته وعلى مسؤوليته الخاصة ولا يعتبر رب العمل مسؤولاً عن عمل المقاول. 2-....."⁷.

أما في القانون الفرنسي فلم يأت الشارع الفرنسي بتعريف لعقد المقاوله، ولقد اختلف الشراح في التعريف به اختلافهم في تعريف عقد العمل لعدم اتفاقهم على العنصر الذي يميز بين العقدين. "فمنهم من قال إن الفصيل هو طريقة أجر العامل حيث اعتبر عقد العمل كل عمل يؤجر على أساس المدة التي استغرقها واعتبر عقد مقاوله

³ طعمة، شفيق، واستانبولي، أديب. (1997). التقنين المدني السوري. (ج:6). دمشق: سورية. المكتبة القانونية. هامش ص: 5312. بتصرف.

⁴ حيدر، علي. (2003-1423). درر الحكام، شرح مجلة الأحكام العدلية. المجلد الأول. الرياض: السعودية. دار عالم الكتب. ص: 114.

⁵ قره، فتحية. (1987). أحكام عقد المقاوله. الاسكندرية: مصر. منشأة المعارف. ص: 16.

⁶ شنب، محمد لبيب. (1962). شرح أحكام عقد المقاوله. ص: 11.

⁷ طعمة، واستانبولي. (1997). مرجع سابق. (ج:6). ص: 2368. 5317. نقض سوري رقم 91 أساس 19 تا 1970/3/14. مجلة المحامون. (1970). ص: 285.

العقد الذي يؤجر فيه العامل بالطريخة. وعرفوا عقد المقاولة بأنه العقد الذي يتعهد فيه شخص بأن يؤدي لأخر عملاً معيناً لقاء أجر يحسب على حسب أهمية العمل⁸.

ويطلق على عقد المقاولة وفقاً للقانون المصري والقانون اللبناني (إجازة الصناعة) ويعرفونه على أنه (عقد يلتزم المرء بمقتضاه إتمام عمل معين لشخص آخر مقابل بدل مناسب لأهمية العمل). وتجدر الإشارة إلى أن الأجر أو البديل المقصودين في عقد المقاولة ليس بالضرورة أن ينصب على المال، فمن الممكن أن يذهب على شيء آخر تبعاً للعقد المبرم.

ثانياً: تاريخ عقد المقاولة وتطوره:

في ظل نظام العبودية في العصور القديمة لم يكن عقد المقاولة معروفاً آنذاك، وذلك بسبب طبيعة العلاقة في المجتمعات الإنسانية. إذ يعمل العبد لدى سيده دون أي أجر. ولكن مع مرور الزمن وبعد نزول الأديان السماوية وتطور المجتمعات ظهر ما يسمى بعقد البناء والتشييد. قال تعالى: {فوجدنا فيها جداراً يريد أن ينقض فأقامه قال لو شئت لتخذت عليه أجراً⁹}.
 وفي العهد الروماني لم يكن يعرف عقد المقاولة كعقد مستقل وإنما كان يعرف كنوع من الإجارة لأن لفظ

المقاولة لم يكن معروفاً، إذ أن العقود التي تختص بالعمل كانت تعتبر نوعاً من الإيجار فهناك إيجار الأشياء للعقد الذي محله الانتفاع بشيء، وإيجار العمل للعقد الذي محله الانتفاع¹⁰. واقتصر عقد العمل على الأعمال اليدوية البسيطة التي يختص للقيام بها الأرقاء والأجراء.

أما في المجتمعات الأوروبية: فقد بدأ يتطور عقد البناء عندهم في أثناء الثورة الصناعية بوضوح، وتبلور ذلك في عدة مجالات منها: ظهور عقد المهندس المستشار وهو عقد مستقل يقدم بموجبه المهندس المختص

⁸ مرسي، محمد كامل. (1953). شرح القانون المدني الجديد، العقود المسماة، عقد العمل والمقاولة. الطبعة الأولى. (ج:4). القاهرة: مصر. ص: 473.

⁹ القرآن الكريم. سورة الكهف. الآية: 77. ص: 302.

¹⁰ شنب. (1962). مرجع سابق. ص: 11.

المشورة الفنية دون أن يباشر تشييد البناء، وبدء تولي بناء الأبنية الكبيرة والمرافق العامة من قبل مقاولين كبار يستخدمون عدداً كبيراً من العمال والصناع ويملكون المقدرة الإدارية والخبرة الفنية التي تمكنهم من الإشراف على أعمال البناء الكبيرة. بعكس لو كان العمل مسنداً إلى مقاول واحد عندها سيلتزم بتقديم كفالة مالية لضمان الوفاء أو غرامة مالية في حال تأخره عن الموعد المتفق عليه¹¹.

إلا أن عقد المقاولة في عهد الإسلام ومع ازدهار الحركة العمرانية وبناء المدن والمساجد والأسواق أسهم في تطور مفهوم عقد البناء والتشييد، الذي بدوره يعد أقرب ما يكون إلى عقد المقاولة. وبالتالي فصحيح أنه لم يعرف عقد المقاولة باسمه إلا أنه كان موجوداً بالمعنى والعمل ويمكن ملاحظة ذلك في وجهين:

في عقد الاستصناع الذي يقدم فيه المقاول العمل والمادة معاً، وفي عقد الإجارة الذي يقدم فيه الصانع العمل فقط ويقدم فيه المستصنع المادة فقط فيكون هنا المقاول أجيراً مشتركاً.

وفي القوانين العربية المعاصرة: "صدر التقنين المدني المصري لعام (1948) م واكب هذه التطورات وغير أسماء العديد من العقود، ومن ذلك أورد إيجار أهل الصنائع تحت مسمى جديد، وهو: ((عقد المقاولة))، وذلك للتطور الذي لحق هذا العقد وتشعب نواحيه، وتعدد أشكاله وصوره العملية في الوقت الحاضر."¹²

وقد أخذت معظم التشريعات العربية كالسوري والأردني والسوداني... الخ، أحكام عقد المقاولة من المشرع المصري الذي يعد الأسبق على المستوى العربي في صياغة تشريع أحكام عقد المقاولة.

أما القانون السوري الذي صدر في 18/ أيار سنة 1949 فقد تضمن أحكام عقد المقاولة في الباب الثالث تحت عنوان (العقود الواردة على العمل) أما قبل هذا التاريخ فلم يكن في سوريا قانون مدني متكامل إذ إنه وكما أشارت المذكرة الإيضاحية كان عبارة عما جاء في الكتب الفقهية في مذاهب الأئمة واجتهاد الفقهاء دون تقييد بمذهب معين إلى أن وضعت مجلة الأحكام العدلية التي صدرت عام 1876 م والتي قننت أحكام العقود وفقاً لمذهب الدولة الرسمي أي المذهب الحنفي.

¹¹ ميرغني، هشام عبد الرحيم. (1431هـ- شباط 2010). عقود البناء والإنشاءات المعاصرة تطبيقاً على قواعد المقاولة، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية. العدد 15. ص: 314. بتصرف.

¹² ميرغني. (2010). المرجع السابق. ص: 315.

وذلك لأن سوريا جزء من البلاد العربية التي كانت تتبع للدولة العثمانية. ومع أهمية مجلة الأحكام العدلية إلا أنها لم تكن قانوناً متكاملاً لأنها كانت مقتصرة على بعض المعاملات كالأحكام المتعلقة بتنظيم القضاء وأصول المحاكمات المدنية فلم تتضمن أحكاماً عن العقد والحقوق العينية والالتزامات وهذا ما دفع إلى إلغاء أحكامها والاستعاضة عنها بأحكام تتلاءم مع ما يتعامل به الناس وذلك بقوانين خاصة.

ونظراً لما يتمتع به القانون المدني من أهمية في الدولة كونه القانون الأساسي الذي ينظم معاملات الناس، وضع مشروع القانون المدني السوري وصدر بالمرسوم التشريعي رقم (84) وأسدل الستار على مجلة الأحكام العدلية، والقانون المدني السوري يقوم على أساس من القانون المدني المصري الجديد ويعود السبب في ذلك كما تقول المذكرة الإيضاحية إلى ما بين البلدين من تقاليد مشتركة وعادات متقاربة وأوضاع اجتماعية متشابهة فهو خطوة وحدوية¹³.

الفرع الثاني: أركان عقد المقاولة وخصائصه:

أولاً: أركان عقد المقاولة:

إن عقد المقاولة من العقود المسماة شأنه شأن سائر العقود المدنية من حيث الأركان والشرائط التي يقوم عليها وتكفل صحته:

1- الرضا: إن عقد المقاولة عقد رضائي وبالتالي فهو ينعقد بمجرد تراضي الطرفين أي (إيجاب وقبول)، من

دون الحاجة إلى إفراغ هذا التراضي في شكل خاص.

ويتم الرضا بأن يتبادل شخصان التعبير عن إرادتين متطابقتين، بقصد أن يقوم أحدهما بعمل معين

لحساب المتعاقد الآخر لقاء أجر يلتزم به هذا الأخير.

ويشترط أن يتمتع كل من المفاوض وصاحب العمل بأهلية الأداء. لأن عقد المقاولة من عقود التصرف.

¹³ سوار، محمد وحيد الدين. (1975-1976). شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام 1، المصادر الإرادية، العقد والإرادة المنفردة. (ج:1). جامعة دمشق. مطبعة دار الكتاب. ص: 1-2-3. بتصرف.

وهي أن يتم الثامنة عشرة من عمره ولم يحجر عليه لأي سبب كان. أضف أنه يجب أن تكون إرادة كل منهما سليمة لا يشوبها أي عيب من عيوب الإرادة كالغلط أو التدليس أو الإكراه أو الاستغلال.

2- المحل: محل عقد المقابلة هو الشيء المطلوب صنعه، أو العمل المطلوب إنجازه ويجب أن يكون المحل معلوماً، ومحددًا، ومشروعاً.

3- السبب: يجب أن يكون الباعث من وراء عقد المقابلة مشروعاً وغير مخالف للنظام العام والآداب العامة وإلا كان العقد باطلاً.

ثانياً: خصائص عقد المقابلة:¹⁴

أهم خصائص عقد المقابلة التي تميزه عن غيره من العقود المدنية:

- 1- عقد المقابلة عقد رضائي لا يشترط لانعقاده شكلاً معيناً.
- 2- عقد المقابلة ملزم للجانبين ، يولد التزامات متقابلة على كل من طرفيه.
- 3- عقد المقابلة من عقود المعاوضة، فكل من الطرفين يهدف من ورائه إلى الحصول على منفعة مقابل للطرف الآخر.
- 4- عقد المقابلة عقد محدد المدة: فينتق بين طرفيه أن ينجز العمل المتفق عليه خلال مدة زمنية معينة.
- 5- عقد المقابلة عقد وارد على عمل: فالعمل عنصر جوهري في عقد المقابلة. والمقابل يقوم بالعمل باستقلال تام ولا يخضع لأي نوع من التبعية والإشراف من جانب صاحب العمل.
- 6- عقد المقابلة عقد محدد : ويستطيع كلا طرفيه تحديد قيمة ما يأخذه وقيمة ما يعطيه في العقد دون أن يتوقف تحديد هذه القيمة على أمر احتمالي غير محقق الوقوع كما في عقد الغرر.

¹⁴ الزحيلي، محمد. (1983). القانون المدني المقارن بالفقه الإسلامي، العقود المسماة، (البيع - المقايضة - الإيجار). دمشق: سورية. مطبعة خالد بن الوليد. ص: 65. بتصرف.

المطلب الثاني: عقد المقاولة مقابل نسبة من البناء (عقد الشراكة والتخصص):

إن البحث في ماهية عقد المقاولة يخلق إشكاليات وتشعبات كثيرة، وذلك بسبب التشابه الكبير بين عقد المقاولة وغيره من العقود، والخصوصية التي يتمتع بها عقد المقاولة مقابل نسبة من البناء فيما يتعلق بأجر المقاولة، وهو هنا حصول المقاول على نسبة من البناء المشاد.

والسؤال الذي يطرح نفسه هل يبيع مالك العقار جزءاً من عقاره للمقاول مقابل إشادة البناء عليه؟ أم أنه يشاركه فيه فقط كشريك؟... ناهيك عن وجود عقود أخرى تتقارب كثيراً من عقد المقاولة عامة، وهو ما سوف نتحدث عنه حديثاً تفصيلاً لاحقاً في المبحث الثالث من الفصل الأول، (صفحة 76).

الفرع الأول: عقد المقاولة مقابل نسبة من البناء، أركانه وخصائصه:

أولاً: تعريف عقد المقاولة مقابل نسبة من البناء :

يعد عقد المقاولة مقابل نسبة من البناء أو ما يعرف بعقد المشاركة في إشادة بناء من العقود الحديثة نسبياً فرضتها الطفرة العقارية التي شهدتها بلادنا في العقد الأخير. ولم يورد المشرع السوري تعريفاً لعقد المقاولة مقابل نسبة من البناء وإنما تولى رجال الفقه القانوني تعريفه وشرحه وفق الأصول العامة لعقد المقاولة الواردة في القانون المدني.

ومن وجهة نظري.. إن عقد المقاولة مقابل نسبة من البناء هو عبارة عن عقد مقاوله طرفاه المقاول ومالك العقار المعد للبناء، يتعهد بموجبه المقاول بإشادة بناء على هذا العقار، وفق ما يسمح به نظام ضابطة البناء، مقابل تخصصه بنسبه محددة من هذا البناء المشاد.

ثانياً: أركان عقد المقاولة مقابل نسبة من البناء، وخصائصه:

لعقد المقاولة مقابل نسبة من البناء ذات أركان وشروط صحة عقد المقاولة التي سبق وذكرناها فيما تقدم، نضيف عليها من باب التخصيص شرط أن تتطابق إرادة طرفاه على مقدار الحصة أو النسبة المتفق عليها لكل منهما في ركن الرضا. وبأن المحل هنا وقع على البناء المراد إشادته. وأما السبب فتتطبق عليه المبادئ العامة لمفهوم

السبب في المادتين (137-138) من القانون المدني السوري.

ويشترك عقد المقاولة مقابل نسبة من البناء مع عقد المقاولة بذات الخصائص التي سبق أن أوردناها، إلا أن العمل هنا تحديداً يقوم على إشادة بناء.

الفرع الثاني: عقد التخاصص، أركانه وخصائصه:

كما ذكرت سابقاً إن عقد المقاولة من العقود المأجورة، والأجر في عقد المقاولة قد يكون مقابل نقدياً أو عينياً، أما في عقد المقاولة مقابل نسبة من البناء فإن الأجر الذي يستحقه المقاول هو نسبة من البناء المشاد من قبله، وتحدد هذه النسبة باتفاق بين كل من مالك العقار والمقاول، آخذين بالحسبان عدة عوامل منها على سبيل المثال: موقع العقار، ومساحة البناء المشاد، وأسعار مواد البناء، وأجور اليد العاملة، ونظام ضابطة البناء الذي يحكمه أهو سكني أو تجاري....الخ.

أولاً: تعريف عقد التخاصص:

لم يورد المشرع السوري تعريفاً لعقد التخاصص، ولكن يمكن القول عنه بأنه: اتفاق بين المقاول ومالك العقار على أن يتخصص كل منهما بجزء معين ومحدد من البناء المشاد أو المتفق على إشادته بما يعادل النسبة المتفق عليها لكل منهما في عقد المقاولة. هذا ويمكن أن يتم التخاصص قبل البدء بالبناء، أي عند تنظيم عقد المقاولة مقابل النسبة، وذلك بناء على المخططات والتصاميم الهندسية للبناء، كما يمكن التخاصص في أثناء إشادة البناء أو بعد الانتهاء من إشادته وذلك بموجب اتفاق لاحق ومستقل بين الطرفين، ويعد بموجبه عقد المقاولة المبرم بينهما جزءاً لا يتجزأ من هذا الاتفاق.

وإن أهم ما يميز عقد المقاولة مقابل نسبة من البناء، هو ماهية الأجر الذي يستحقه المقاول عند تنفيذه لالتزامه ونوعيته، وهو حصوله على نسبة من البناء المشاد وبالتالي يصبح شريكاً لمالك العقار في الملكية وذلك بمقدار نسبته المتفق عليها في عقد المقاولة. وتصبح ملكية البناء ملكية مشتركة بينهما، أو بين خلفهما وذلك قبل إجراء أي قسمة أو إفراز للبناء. فحالة الشيوخ هي نتيجة طبيعية لعقد المقاولة مقابل النسبة المبرم بين مالك العقار

والمقاول. فالملكية الشائعة حسب نص المادة (780) من القانون المدني، هي ملكية مشتركة بين عدة أشخاص على عقار ما، يكون فيها لكل من الشركاء حصة معلومة القدر في كل جزء من أجزاء العقار المشترك ودون أن تكون هذه الحصة مفرزة عن غيرها. وسبب نشوء حالة الشيوع هذه هو عقد المقاوله مقابل نسبة من البناء، وذلك أن المقاول أصبح وبموجب هذا العقد مالكا لنسبة من البناء.

لكن السؤال الذي يطرح نفسه هنا، هو كيف يمكن للمقاول ومالك العقار الخروج من حالة الشيوع؟... وللجواب على هذا التساؤل ولأن الحالة العامة تحكمها إرادة الطرفين، لذلك يمكن أن تنتج حالتين نميز بينهما كالآتي:

1. حالة وجود عقد تخصص: بعد إتمام إشادة البناء إتماماً كاملاً وفقاً للترخيص الممنوح، وللمخططات الهندسية، تجرى معاملة تصحيح أوصاف للبناء بشكله الحديث، ويتخصص كل من الفريقين المالك والمقاول بالأجزاء التي اختارها، ونكون هنا أمام قسمة رضائية، فقد جاء في المادة (789) من القانون المدني أن للشركاء إذا انعقد إجماعهم أن يقتسموا المال الشائع بالطريقة التي يرونها. ويتضح من النص أن القسمة الرضائية هي عبارة عن عقد رضائي يجب أن تسوده بهذه الصفة جميع أحكام النظرية العامة للعقود التي من أهمها ضرورة انعقاد إجماع الشركاء، مع توافر أهلية التصرف بالنسبة لكل منهم.

ويذهب الاجتهاد القضائي إلى جواز اتفاق جميع الشركاء على ما يرونه لقسمة المال الشائع بينهم بالطريقة التي يرونها وذلك ما لم يكن بينهم أحد ناقصي الأهلية، إذ يجب في هذه الحالة مراعاة الإجراءات المنصوص عليها في المادتين (181-182) من قانون الأحوال الشخصية.¹⁵ والقسمة الرضائية واجبة التسجيل في السجل العقاري، كي تكون نافذة، وهي لا تكون سارية بحق الغير قبل إجراء هذا التسجيل.

باعتبار أن عقد التخصص من عقود المعاوضة التي تكسب حق التسجيل، ولكنها وتطبيقاً لنص المادة (825)

¹⁵ جاء في المادة (181) من قانون الأحوال الشخصية: أنه إذا كان للقاصر حصة شائعة في عقار فللوصي بإذن من المحكمة إجراء القسمة بالتراضي مع باقي الشركاء ولا تكون هذه القسمة نافذة إلا بتصديق القاضي.

كما جاء في المادة (182) من نفس القانون: أنه لا يجوز للوصي دون إذن المحكمة مباشرة التصرفات الآتية: أ= التصرف في أموال القاصر بالبيع أو الشراء أو المقايضة أو الشركة أو الإقراض أو الرهن أو أي نوع آخر من أنواع التصرفات الناقلة للملكية أو المرتبة لحق عيني.

ب=ع.....

من القانون المدني لا يمكن أن تكسب حق الملكية مباشرة قبل التسجيل.

وبالتالي إذا أراد أحد الشركاء الخروج عن الشيوع فيمكن له ذلك:

أ- إما رضاء: وذلك بموافقة جميع الشركاء على إجراء معاملة تصحيح الأوصاف، والإفراز والقسمة، في السجل العقاري.

ب- أو قضاء: وذلك عندما يلجأ أحد الشركاء سواء أكان المفاوض أو مالك العقار إلى المحكمة طالباً بتثبيت عقد التخاصص المبرم مع الشريك أو الشركاء الآخرين.

2. حالة عدم وجود عقد تخاصص: في حال لم يتوصل الشركاء في البناء إلى اتفاق للخروج من حالة الشيوع، فهنا يمكن لأي من الشركاء وخصوصاً المفاوض اللجوء إلى القضاء طالباً بتثبيت عقد المفاوضة ونقل ملكية البناء إلى الشركاء وفقاً للحصص المحددة في العقد، فبعد أن تصبح ملكية العقار مشتركة بين الشركاء في السجل العقاري ويغدو كل شريك مالكاً لحصة سهمية في العقار والبناء وبعد تصحيح الأوصاف يمكن لأي من الشركاء أن يطلب الخروج عن الشيوع وذلك عن طريق دعوى إزالة شيوع. ويؤخذ على سلوك هذا الطريق بقاء الحقوق المتنازع عليها لعدة سنوات أمام المحاكم، إضافة لتحمل كل من الطرفين أعباء مادية جمة كالمصالحة على عقد المفاوضة أمام الدوائر المالية. كما أن وضع إشارة الدعوى على صحيفة العقار من شأنه أن يؤثر سلباً على رواج بيع البناء المشاد.

ثانياً: أركان عقد التخاصص، وخصائصه:

إن لعقد التخاصص ذات الأركان والخصائص التي تقوم عليها العقود بشكل عام، وهي ما سبق وأوردناها فيما تقدم، إلا أنه يتميز بأنه ليس عقداً مستقلاً، فهو يرتبط وجوداً وعدمياً بوجود عقد المفاوضة مقابل نسبة من البناء.

الفصل الأول: التكيف القانوني لعقد المقاولة مقابل نسبة من البناء

سبق أن عرضنا في المبحث التمهيدي لمفهوم عقد المقاولة مقابل نسبة من البناء وبيّنا، أن أركانه لا تختلف عن عقد المقاولة واستفدنا أنه هذا العقد لا يوجد في الواقع العملي منفرداً، وإنما تقتضي الضرورة العملية والقانونية وجود عقد ملازم له وهو عقد التخاصص.

وهكذا نكون قد وصلنا إلى جوهر البحث الذي يدور حول تحديد الهوية القانونية لعقد المقاولة مقابل نسبة من البناء، وقد وجدنا على بساطة ما اجتهدنا فيه أن نقسم هذا المبحث إلى ثلاث مباحث:

المبحث الأول: عناصر الوصف القانوني لعقد المقاولة مقابل نسبة من البناء

المبحث الثاني: المقاولة من الباطن

المبحث الثالث: مقارنة عقد المقاولة مقابل نسبة من البناء مع بعض العقود الأخرى

المبحث الأول: عناصر الوصف القانوني لعقد المقاولة مقابل نسبة من البناء

إن العنصر الأساسي والضروري للتكييف مكون من طبيعة الالتزامات التي ينشئها العقد، وبالتالي فإن الدور الأساسي في تحديد هذه الالتزامات يعود إلى صفة كل من طرفي العقد (المتعاقدين) وإلى شكل العقد لأن بعض العقود تخضع لنظام قانوني خاص، واللذان بدورهما يرتبطان في الأصل بالنظام العام الذي يحدد قواعد يجب الالتزام بها لتكييف العقد، وفي حال لا يوجد مثل هذه القواعد فالقاضي يأخذ بإرادة المتعاقدين وبالتالي بالالتزامات المتولدة عنها في التكييف.

وتبعاً لتطور الحاجات وبالتالي تطور النصوص القانونية التي تنظم ما يفرزه الواقع العملي في ضوء أن بعض الأعمال تكون الغاية منها الوصول إلى ما هو أبعد من الغاية المرجوة من عقد المقاولة مقابل نسبة من البناء مثل عقد المفتاح الذي هو الغاية النهائية المرجوة أصلاً من عقد المقاولة وهي أكبر وأشمل. وتجدر الإشارة إلى:

أن عقد ((المفتاح في اليد)) يختلف عن عقد المقاولة في مسائل متعددة من أهمها: أن المتعهد لا يقوم دائماً، بجميع الأعمال اللازمة لإتمام المصنع، بل قد يشارك صاحب العمل في بعضها، كتشييد البناء وتمهيد الأرض وجر المياه ومد الكهرباء وسواها. كما أن عقد المقاولة في صورته المدنية المتواضعة المنصوص عنها في القوانين المدنية يقتصر غالباً على إقامة الأبنية، بينما عقد ((المفتاح في اليد)) يتخذ صورة أكبر وأضخم حيث يغلب عليه الطابع الدولي، ولا يقتصر موضوعه على إقامة أبنية المصنع فحسب، بل يشمل أيضاً تزويد المصنع بالتكنولوجيا والتجهيزات والآلات اللازمة وبالعمال المدربين.¹⁶

المطلب الأول: صفة المتعاقدين:

في معظم الأحيان يكون لصفة المتعاقدين الدور الأساسي في تكييف العقود، حين يصعب فهم طبيعة بعض العقود إلا بالاستناد إلى صفة المتعاقدين.

¹⁶ ناصيف، الياس. (2008). عقد المفتاح في اليد. الطبعة الأولى. بيروت: لبنان. منشورات الحلبي الحقوقية. ص: 29.

فمثلاً عقد القرض له طبيعة خاصة فهو يعد عقداً تجارياً بغض النظر عن صفة المتعاقدين إن كانوا تجاراً أم لا. إلا أن هذا يختلف في عقد المقاولة فإن كلاً من رب العمل والمقاول يلعبان دوراً أساسياً في تحديد طبيعة العقد إن كان عقداً مدنياً أم تجارياً.

وإن تحديد صفة التاجر يتوقف على تحديد صفة العمل الذي يمتنه. وقد عدت المادة (9) من قانون التجارة السوري؛ التاجر:

(1-الأشخاص الذين تكون مهنتهم القيام بأعمال تجارية.

2- الشركات التي يكون موضوعها تجارياً.)

وإن التسجيل في سجل التجارة ليس قرينة قاطعة على اكتساب الشخص المسجل صفة التاجر. وهذا ما سأوضحه في الفروع التالية:

الفرع الأول: رب العمل

بحسب تعريف عقد المقاولة فإن رب العمل هو صاحب العمل الذي يرغب بالحصول على المعقود عليه (البناء)، فهو مالك العقار (الأرض) التي سيشاد عليها البناء موضوع العقد.

"ويُقصد بصاحب العمل كل: شخص طبيعي أو معنوي، عام أو خاص، يتم إنجاز البناء أو المنشأة الثابتة لحسابه".¹⁷

وقد أطلق عليه في القانون السوري لقب رب العمل في حين تتعدد التسميات التي يمكن أن تطلق عليه.. المالك أو صاحب العمل أو "المستفيد أو المرسل التقديم إليه"¹⁸.

ويمكن أن يكون رب العمل شخصاً واحداً ويمكن أن يكون عدة أشخاص مجتمعين في عقد المقاولة معاً.

وعندها فلا تضامن بينهم، فإنه "إذا تعدد أرباب العمل أو تعدد المهندسون المعماريون فلا يكونون متضامنين

¹⁷ الأحمد، نجم. (2022). المسؤولية العشرية، دراسة مقارنة. دمشق: سورية. مطابع دار البعث. ص: 74.

¹⁸ هوييه. ج. (2003). المطول في القانون المدني، العقود الرئيسية الخاصة. ترجمة: منصور القاضي. الطبعة الأولى. (مج: 2). بيروت: لبنان. مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع. ف: 32106. ص: 1225. والذين يطلقون إجارة العمل المستقل على عقد المقاولة.

وذلك تطبيقاً لأحكام المقاوله لا أحكام الوكالة¹⁹. ما لم يوجد اتفاق بينهم على التضامن، عندها ينقسم الأجر بينهم بنسبة حصصهم في العمل وإن لم تتعين حصة كل منهم فينقسم الأجر بينهم بالتساوي.

وفي العقود الدولية يكون رب العمل شخصاً معنوياً كالحكومة مثلاً عندما تتعاقد مع شركة وطنية أو أجنبية. أو قد يكون شخصاً معنوياً وطنياً كشركة أو مؤسسة.

وفي عقد المفتاح مثلاً يمكن أن يكون "شخص أو مؤسسة صاحبة المشروع، التي تعلن عن رغبتها في التعاقد مع متعهد لتنفيذه. وقد تكون مؤسسة فردية أو شركة خاصة أو مؤسسة عامة أو شركة من شركات القطاع العام في الدول التي لديها هذا النوع من الشركات، أو شركة مختلطة، أو حتى الدولة نفسها بواسطة إدارتها المختصة كوزارة الدفاع مثلاً أو وزارة التربية الوطنية أو وزارة الصحة.... الخ"²⁰.

أما عن عقد المقاوله فمتى يكون عقداً مدنياً ومتى يكون عقداً تجارياً؟؟؟... فهذا يعود لصفة طرفي العقد.

أولاً: حين يكون رب العمل غير تاجر:

أما "من جانب رب العمل يكون في العادة عقداً مدنياً"²¹. فغالباً ما يكون رب العمل غير تاجر. وحتى في حال كان تاجراً ولم يتعلق عقد المقاوله في تجارته التي يمتننها فالعقد يبقى مدنياً بالنسبة إليه كأن يتعاقد مع مقاول لبناء منزل له للسكن وليس لأغراض تجارته فلا تؤثر صفته كتاجر على العقد ويبقى عقداً مدنياً رغم ذلك. حتى أنه ولو تعاقد رب العمل مع مقاول لإشادة بناء واحد على عقاره بهدف بيع حصصه في البناء بقصد الربح فإن العقد يبقى مدنياً رغم ذلك في جانب رب العمل ولا يكون تجارياً بالنسبة إليه. "لأن التعامل في العقارات لا يعتبر عملاً من أعمال التجارة"²². وهذا كون العقد يتضمن بناءً واحداً وليس مشروعاً لامتهان بناء عدة أبنية، لأنه في هذه الحالة سوف يدخل في منطوق المادة (6) من قانون التجارة السوري رقم (33) لعام 2007، بصفته

¹⁹ شنب. (1962). مرجع سابق. ف: 37. هامش ص: 22.

²⁰ ناصيف. (2008). مرجع سابق. ص: 79.

²¹ السنهوري، عبد الرزاق أحمد. (2000). الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على العمل (المقاوله والوكالة والوديعة والحراسة). المجلد: الأول. (ج:7). (ط:3). بيروت: لبنان. منشورات الحلبي الحقوقية. ف: 18. ص: 44.

²² السنهوري. (2000). المرجع السابق. ص: 45. هامش: 2.

عملاً تجارياً بماهيته.

وعليه "فلا يجوز لمقاول بناء أن يثبت بالبينة على صاحب العمل المتعاقد معه أنه أذنه في إجراء أعمال زائدة على المتفق عليه في عقد المقاولة، لأن المقاولة لا تعتبر عملاً تجارياً بالنسبة إلى صاحب البناء حتى يباح الإثبات بهذا الطريق"²³.

ويبقى "العقد مدنياً بالنسبة إلى رب العمل، سواء ورد المادة من عنده أو وردّها المقاول"²⁴.

ثانياً: حين يكون رب العمل تاجراً:

أما إن كان تاجراً وتعاقد فيما يخص شؤون تجارته فيصبح العقد تجارياً. فلو "كان رب العمل تاجراً يبيع الأثاث مثلاً، فتعاقد مع مقاول على صنع أثاث لبيعه، فإن عقد المقاولة يكون تجارياً حتى بالنسبة إلى رب العمل"²⁵ طبقاً لنظرية التبعية لأعمال التجارة. وبالتالي "يترتب على أن يكون عقد المقاولة تجارياً أنه يجوز إثباته عليه بجميع طرق الإثبات..... وأن القضية التي ترفع ضده في شأن هذا العقد ترفع أمام المحاكم التجارية"²⁶.

إن المادة (8) من قانون التجارة أقامت قرينة قانونية مفادها أن جميع أعمال التاجر تعتبر مبدئياً أعمالاً تجارية ما لم يثبت العكس، مما يجعل جميع أعمال التاجر خاضعة في الأصل لقانون التجارة حتى قيام الدليل المعاكس. أما أعمال الشخص العادي فلا تخضع لقانون التجارة إلا إذا أثبت أنها أعمال تداول بقصد الربح أو إذا نص القانون استثناء على اعتبارها تجارية من حيث الشكل. وإثبات العكس ونية الربح لا يخلو من صعوبة، مما يجعل خضوع أعمال غير التاجر إلى الحقوق التجارية نادراً نسبياً. فإذا تكرر قيام غير التاجر بعمل تجاري فإنه يجعله تاجراً حكماً متى أضحي هذا العمل نشاطه الرئيسي²⁷.

²³ قره. (1987). مرجع سابق. ص: 75. هامش: 1.

²⁴ قره. (1987). المرجع السابق. ص: 72.

²⁵ السنهوري. (2000). مرجع سابق. ص: 45. هامش: 1.

²⁶ السنهوري. (2000). المرجع السابق. ف: 18. ص: 45.

²⁷ الحكيم، جاك يوسف. (2010-2011). الحقوق التجارية (الأعمال التجارية والتجار والمتجر). (ج: 1). دمشق: سورية. جامعة دمشق. ف:

77. ص: 74.

وتبدو أهمية تحديد الصفة المدنية أو التجارية لعقد المفاوضة في عدة نواحٍ، منها أنه إذا كانت المفاوضة تجارية بالنسبة لأحد طرفيها، فإنه يجوز اختصام هذا الطرف أمام المحاكم التجارية، وأنه يتبع في الإثبات في مواجهته طرق الإثبات التجارية، وأنه إذا تعدد أفراد هذا الطرف كانوا متضامنين دون حاجة إلى اتفاق خاص إذ يفترض التضامن في المسائل التجارية. وإذا كانت المفاوضة مدنية فإنه يترتب عليها عكس النتائج السابقة بالنسبة لمن كان العقد بالنسبة له مدنياً²⁸.

لم يورد المشرع السوري قواعد خاصة لإثبات عقد المفاوضة إلا أن الاجتهاد القضائي السوري عدَّ عقد المفاوضة عقداً تجارياً وبالتالي يجوز إثباته بكل وسائل الإثبات. وهذا ما سنبحثه بتفصيل أكثر في المبحث الثاني من الفصل الثاني من هذا البحث.

وهنا وبعد البحث في حيثيات اجتهادات محكمة النقض والدراسة في قانون التجارة، نجد أن المشرع السوري عندما أصدر قانون التجارة أورد مشروع الأشغال العقارية ضمن المشاريع التي تأخذ صفة الأعمال التجارية بطبيعتها.

ثالثاً: الأشغال العقارية:

نصت المادة (6) من قانون التجارة السوري على : (تعد بحكم ماهيتها الذاتية أعمالاً تجارية ن . مشروع الأشغال العقارية).

وللتعريف بالأشغال العقارية: "هو عقد مفاوضة يتناول إقامة الأبنية والمنشآت على عقار الغير سواء أقدّم المفاوض المواد أم قدمها صاحب العقار".²⁹

"وقد تردد الاجتهاد الفرنسي قبل إقرار الصفة التجارية لهذه المشاريع متأثراً بالنظرية التقليدية التي تخرج العقارات عن نطاق التجارة، مع أن هذا المشروع لا يتناول العقار بقدر ما يتناول الأشغال القائمة عليه. فإذا توافرت فيها عناصر المشروع . من رأس مال (آليات وتجهيزات وطاقة) وعمل (مهندسون وفنيون وعمال) وتنظيم وإدارة

²⁸ قره. (1987). مرجع سابق. ص: 74.

²⁹ الحكيم. (2010-2011). مرجع سابق. ف: 96. ص: 92.

(دراسات وتسويق وخدمات). وجب اعتبارها مشاريع تجارية أسوة بغيرها.³⁰

إلا أن التناقض الكبير بين ما نص عليه القانون والاجتهاد وبين ما هو معمول فيه على أرض الواقع يجعلنا نطرح الكثير من الأسئلة ومنها:

ما هي نسبة تطبيق قانون التجارة على الواقع وخاصة بعد إحداث محاكم تجارية؟
 ما هو مصير الدعاوى الخاصة بعقود المقاولة والمنصوص عليها بقانون التجارة والمنظورة أمام المحاكم المدنية؟
 ما هو مصير الكثير من الأحكام الذي نظمها القانون المدني في مواده والتي تخص عقد مقاولة البناء؟
 وهل الخلافات الناجمة عن العقود سابقة الذكر تقيد أمام المحاكم التجارية ويطبق عليها طرق الإثبات التجارية؟...

الفرع الثاني: المقاول

هو الشخص الذي يتعهد بالقيام بالعمل المتفق عليه في عقد المقاولة (المعقود عليه) والملتزم بإنجاز البناء وفق الشروط والمدة والنسبة المتفق عليها في العقد وتختلف التسميات التي تطلق عليه بحسب صفته من جهة وبحسب البلد الذي ينتمي إليه.

فهو المتعهد والمستثمر و"فاعل التقديم أو مورّد التقديم"³¹... ويمكن أن يكون المقاول شخصاً طبيعياً ويمكن أن يكون معنوياً.

"وإذا تعدد المقاولون، لم يكونوا دائنين متضامين بأجورهم، بل ينفرد كل منهم بأجره الخاص به ولا شأن له بأجور المقاولين الآخرين، ما لم يوجد اتفاق مع رب العمل على غير ذلك."³²

وأغلب عقود المقاولة يتعاقد المالك مع المقاول لثقلته به، بنزاهته في العمل وسمعته الطيبة أو لخبرته وجودة عمله وسرعته في إنجاز الأعمال أوالخ.

إلا أن ضخامة الأعمال المطلوبة من المقاول وتشعبها وحاجته إلى أشخاص مختصين بمهن مختلفة يحتاجها

³⁰ الحكيم. (2010-2011). المرجع السابق. ف: 96. ص: 93.

³¹ هوييه. (2003). مرجع سابق. ف: 32106. ص: 1225.

³² السنهوري. (2000). مرجع سابق. ف: 111. ص: 197.

البناء، يجعل من الصعب عليه أن ينفرد بتنفيذ جميع الأعمال لوحده دون الاستعانة بغيره. لذلك ظهرت فكرة المقاوله من الباطن وأطلق اسم المقاول من الباطن على الشخص الذي يتعاقد مع المقاول الأصلي ليساعده في إنجاز الأعمال.

أما عن طبيعة عقد المقاوله من جانب المقاول، فهل يعد عقداً مدنياً أو تجارياً؟.. هذا يعتمد على طبيعة العمل الذي يقوم به المقاول، فتارةً يكون مدنياً وأخرى يكون تجارياً.

فيبقى عقداً مدنياً بالنسبة له طالما لا يعد عملاً من أعمال التجارة. فالمادة (1) من قانون التجارة السوري جعلت الأعمال التجارية خاضعة لأحكام قانون التجارة أيّاً كانت صفة الشخص القائم بها. "أعمال الشخص العادي لا تخضع لقانون التجارة إلا إذا ثبت أنها أعمال تداول بقصد الربح أو إذا نص القانون استثناءً على اعتبارها تجارية من حيث الشكل"³³. "وأعمال المهن الحرة تعتبر أعمالاً مدنية"³⁴. فالطبيب والمحامي والمهندس والرسام جميعهم أصحاب مهن حرة ويكون العقد مدنياً من جانبهم كمقاولين ومن جانب رب العمل أيضاً. ولكن إن استغرق صاحب المهنة الحرة في نشاطه وقام بأعمال تجارية فعندها يعد العقد تجارياً بالنسبة إليه.

"والمقاول عندما يتعاقد مع رب العمل على إقامة بناء أو مصنع، أو.....، أو نحو ذلك من أعمال الإنشاءات، يقوم بعمل من أعمال التجارة ويعتبر العقد بالنسبة إليه عقداً تجارياً وذلك سواء ورّد المواد من عنده أو ورّدها رب العمل"³⁵.

وعليه فتكون المحاكم التجارية هي صاحبة الاختصاص في حال رفعت دعوى ضده ويجوز إثبات العقد عليه بكل وسائل الإثبات.

³³ الحكيم. (2010-2011). مرجع سابق. ف: 77. ص: 74.

³⁴ السنهوري. (2000). مرجع سابق. ف: 18. ص: 45.

³⁵ شنب. (1962). مرجع سابق. ص: 56. ف: 42.

المطلب الثاني: التزامات طرفي العقد

تنقسم الالتزامات الناشئة عن عقد المقاولة إلى التزامات تقع على عاتق المالك صاحب العمل والالتزامات تقع على عاتق المقاول. ومنها ما هو جوهري يحددها المشرع وللاجتهاد القضائي دور في ذلك أيضاً، ويعتمد بناء العقد وتكييفه في الأصل عليها كأن تكون التزامات أصلية يجب أن تذكر بالعقد بدقة.

ففي عقد المقاولة مقابل نسبة من البناء يلتزم المقاول بتسليم البناء بعد إنجازه بالكامل ويقابله التزام المالك باستلام البناء ودفع الأجر (النسبة المتفق عليها في العقد). وإن عدم الإشارة إلى التزام أصلي في العقد ولكن بدون إقصائه، لا يرتب بطلان العقد، بل يتوجب البحث في تكييف يناسب إرادة المتعاقدين والآثار المرغوب فيها. ذلك أن التكييف الظاهر قد لا يطابق حقيقة الواقع إما عمداً لرغبة المتعاقدين في التهرب من بعض الأحكام أو للتمتع بأحكام لا تنطبق على تصرفاتهم وإما خطأ منهم أو جهلاً منهم بالتكييف القانوني الصحيح ولذا كان لزاماً على القاضي أن لا يعتد إلا بالتكييف القانوني للعقد.

الفرع الأول: التزامات رب العمل

التزامات رب العمل منها ما هو أساسي ويعد ركناً من أركان العقد كدفع الثمن، ومنها ما هو إلزامي ويعد أثراً من آثار العقد كالتسليم وهو ما يقابل التسليم المتوجب على المقاول. وهناك التزامات شائعة ومن مستلزمات حسن النية ومتعارف عليها كتمكين المقاول من إنجاز العمل وتسهيل مهمته. وفي تفرد كل التزام على حدة للتمكن من الوقوف على حيثياته بدقة:

أولاً: تمكين المقاول من إنجاز العمل:

وهذا يعني تعهد صاحب العمل بتمهيد أرض البناء، وذلك بإزالة ما قد يوجد بها من مخالفات أو أبنية قديمة أو أشجار أو نفايات أو صخور أو غيرها. "وأن يمتنع عن إزعاج سير الأشغال، على سبيل المثال يرتكب خطأ

يعدّل بشكل غير متناسق التصاميم الأولية ويجعل بذلك تنفيذ العقد صعباً³⁶. وسعيه لتذليل العقبات التي تقف في وجه المفاوض قدر استطاعته.

أضف إلى ذلك: الحصول على التراخيص التي يتطلبها القانون المحلي للبناء أو لاستعمال آلات أو أجهزة معينة. والتعاقد مع الجهات المختصة لتوصيل المياه والكهرباء والهاتف وغيرها من البنى التحتية إلى موقع العمل. والتعامل مع السلطات المحلية بشأن ما يتطلبه القانون المحلي من شروط تتعلق بالاستثمار أو العمل أو الضرائب أو تلوث البيئة أو النقد أو الجمارك. وتقديم المساعدة للحصول على التأشيرات (visas) اللازمة لدخول العمال الأجانب وإقامتهم³⁷. عندما تتطلب طبيعة العمل مثل هؤلاء العمال.

"إذا كان رب العمل قد تعهد بتقديم المواد التي تستخدم في العمل أو بتقديم الآلات والمعدات اللازمة لإنجاز العمل، وجب عليه أن ينفذ ما تعهد به، وأن يقدم المواد والآلات والمعدات في الوقت المتفق عليه أو في الوقت المناسب، حتى يتمكن المفاوض من البدء في تنفيذ العمل أو من المضي في تنفيذه"³⁸. وعليه أن يقدمها سليمة خالية من أي عيب صالحة للاستخدام في البناء وتتوافر فيها جميع الشروط المطلوبة.

وهنا فيما لو كيفنا هذا الالتزام قانونياً يمكننا القول بأنه لو كان رب العمل هو نفسه من يمتلك المواد والأدوات ويستخدمها بذاته فهذا يعد عملاً تجارياً بطبيعته، لأنه ملازم للأشغال. أما بالنسبة للمفاوض فيعد عميلاً حتى ولو كان العمل بالنسبة له عملاً تجارياً. فالواقع والعمل المنفذ على أرض الواقع وحجمه هو من يحدد أو يحكم هذا الموضوع، ويترك الباب مفتوحاً للقضاء للحكم فيها.

وقد أجاز القانون السوري لرب العمل التحلل من عقد المفاوضة بإرادته المنفردة في الفقرة الأولى من المادة (629) من القانون المدني السوري.³⁹

³⁶ بينابنت، آ. (2004). القانون المدني العقود الخاصة المدنية والتجارية. ترجمة: منصور القاضي. الطبعة الأولى. بيروت: لبنان. مجد

المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع. ف: 575. ص: 421.

³⁷ ناصيف. (2008). مرجع سابق. ص: 136.

³⁸ السنهوري. (2000). مرجع سابق. ف: 78. ص: 144.

³⁹ المادة (629): (1- لرب العمل أن يتحلل من العقد ويقف التنفيذ في أي وقت قبل إتمامه، على أن يعرض المفاوض عن جميع ما أنفقه من المصروفات، وما أنجزه من الأعمال، وما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل. 2-).

وبرأيي فإن نص هذه المادة فيه إجحاف بحق المقاول. فأعطاء الحرية لرب العمل بفسخ العقد دون تقيدها بأسباب موضوعية وجيهة فيه ضرر كبير يلحق بالمقاول حتى ولو نصت على تعويضه مقابل الفسخ.

"وفي حال أخلَّ رب العمل بالتزاماته حيال المقاول، جاز للمقاول إما أن يطلب تنفيذ العقد عينياً وله أن يطالب بتعويض عن الضرر الذي أصابه، أو أن يطلب فسخ العقد مع التعويض. وللمحكمة أن تقدر هذا الطلب، فإذا رأت مبرراً له قضت بفسخ العقد والتعويض، وإلا أمهلت رب العمل حتى يقوم بالتنفيذ"⁴⁰.

وهذا يوافق ما ورد في "المادة (660) من تقنين الموجبات والعقود اللبناني في هذا الصدد على ما يأتي: (إذا كان من الضرورة لإتمام العمل أن يقوم صاحب الأمر بشيء ما، فيحق للصانع أن يدعوه صراحة للقيام به. وإذا لم يقم صاحب الأمر بواجبه بعد المهلة الكافية، فالصانع يصبح مخيراً بين أن يبقى على العقد أو أن يطلب حله، ويمكنه في الحالين أن ينال عند الاقتضاء تعويضاً عن الضرر الذي أصابه)"⁴¹.

ثانياً: تسلّم العمل وقبوله:

نص القانون المدني السوري في المادة (621) على ما يلي: (متى أتم المقاول العمل ووضعه تحت تصرف رب العمل، وجب على هذا أن يبادر إلى تسلمه في أقرب وقت ممكن بحسب العرف، فإذا امتنع دون سبب مشروع عن التسلم رغم دعوته إلى ذلك بإنذار رسمي اعتبر أن العمل قد سلم إليه).

ويتطابق مع نص القانون المدني السوري كل من القانون المدني المصري المادة (655) منه، والقانون الليبي المادة (654). ومن حيث الأحكام القانون اللبناني فنصت المادة (670) من تقنين الموجبات والعقود اللبناني على: (يجب على صاحب الأمر أن يتسلم المصنع إذا كان منطبقاً على شروط العقد، وأن ينقله على حسابه إذا كان قابلاً للنقل). أما نص المادة (873) من القانون المدني العراقي فإنها تشبه في أحكامها نصوص القوانين العربية السابقة إلا أنها أكثر تفصيلاً.⁴²

⁴⁰ قره. (1987). مرجع سابق. ص: 177. بتصرف.

⁴¹ السنهوري. (2000). مرجع سابق. ص: 145. هامش: 4.

⁴² نص المادة (873) من القانون المدني العراقي: (1- متى أتم المقاول العمل ووضعه تحت تصرف رب العمل، وجب إلى هذا أن يبادر إلى معاينته في أقرب وقت ممكن حسب المعتاد، وأن يتسلمه إذا اقتضى الحال في مدة وجيزة. فإذا امتنع دون سبب مشروع عن المعاينة أو التسلم رغم

فإن تسلم العمل بعد إنجازه لا يعني فقط أنه دخل في حيازة رب العمل، بل هو دليل على تقبل العمل والموافقة عليه، إلا أن تقبله والموافقة عليه مقرون بتفحص البناء والتأكد من أنه موافق للشروط المتفق عليها في العقد وأصول الفن والمهنة. وفي حال الخلاف فهذا يعتمد على طلب كل من المتعاقدين أو أحدهم ندب خبراء لفحص البناء وينظم محضر من قبل الخبراء بأعمالهم، يبيّن المالك (رب العمل) موافقته و قبوله بناء عليه. ويعد هذا المحضر دليلاً يستند عليه القاضي في حال ولج المتعاقدون باب القضاء. ولذلك لا بد من التمييز بين: التسلم والتقبّل، وعرض حالة الامتناع عن التسلم، ثم عرض النتائج المترتبة على تسلم رب العمل للبناء؛ وفق الآتي.

1- التفريق بين التسلم والتقبّل:

يمكن أن يقترن التسلم بالتقبّل في ذات الوقت، ويمكن أن يسبقه أو أن يليه حسب حال البناء. وعليه فيتسلم المالك البناء ويؤجل قبوله إلى ما بعد معاینته ومطابقته مع العقد. على أن تسلم رب العمل البناء دون تحفظه على هذا التسلم يعد قبولاً. فإن "التسليم بدون تحفظ يمنع المستفيد من تقديم الشكوى، بعد فوات الأوان، من العيوب التي كان يمكن أن يكشفها في آونة التسلم"⁴³.

حتى في حالة القبول الذي يسبق التسلم أو حتى قبل إنجاز العمل. "يمكن أن يترافق مع تحفظات تدفع حدود الموافقة التي يعطيها صاحب العمل. إذن هو ينتج مفاعيل باستثناء ما كان موضوع تحفظات"⁴⁴. ويحدد التسليم

دعوته إلى ذلك بإبذار رسمي، اعتبر أن العمل قد سلم إليه. 2- ولرب العمل أن يتمتع عن تسلمه إذا كان المقاول قد خالف ما ورد في العقد من الشروط أو ما تقضي به أصول الفن في هذا النوع من العمل إلى حد لا يستطيع معه أن يستعمله أو لا يصح عدلاً أن يجبر على قبوله. فإذا لم تبلغ المخالفة هذا الحد من الجسامة، فليس لرب العمل إلا أن يطلب تخفيض الثمن بما يتناسب مع أهمية المخالفة. 3- وإذا كان العمل يمكن إصلاحه دون نفقات باهظة، جاز لرب العمل أن يلزم المقاول بالإصلاح في أجل مناسب يحدده، وجاز للمقاول أن يقوم بالإصلاح في مدة مناسبة إذا كان هذا لا يسبب لرب العمل أضراراً أو نفقات باهظة، جاز لرب العمل أن يلزم المقاول بالإصلاح في أجل مناسب يحدده، وجاز للمقاول أن يقوم بالإصلاح في مدة مناسبة إذا كان هذا لا يسبب لرب العمل أضراراً أو نفقات باهظة)

والمادة (874): (1- إذا كان العمل مكوناً من أجزاء متميزة، أو كان الثمن محدداً بسعر الوحدة، جاز لكل من المتعاقدين أن يطلب إجراء المعاينة عقب إنجاز كل جزء أو عقب إنجاز قسم من العمل يكون ذا أهمية كافية بالنسبة للعمل في جملته. ويجوز للمقاول في هذه الحالة أن يستوفي من الثمن بقدر ما أنجز من العمل. 2- ويفترض فيما دفع ثمنه أن معاینته قد تمت، ما لم يتبين أن الدفع لم يكن إلا تحت الحساب).

⁴³ هوييه. (2003). مرجع سابق. ف: 32332. ص: 1408.

⁴⁴ بينابنت. (2004). مرجع سابق. ف: 580. ص: 423.

أيضاً نقطة انطلاق بعض الضمانات، على سبيل المثال الضمانات العشرية أو لسنتين في مادة البناء⁴⁵.
أما القبول "فيمكن أن يكون صريحاً أو ضمناً أو مستتجاً من سلوك صاحب العمل"⁴⁶.

2- الامتناع عن التسلم:

وإذا أخل مالك العقار بالتزامه بالتسليم كان للمقاول أن يجبره على تنفيذ التزامه من خلال إعداره بالتسليم عن طريق إنذار رسمي، يوجه إليه، ويحدد فيه موعداً معيناً لذلك فإذا مضى هذا الميعاد اعتبر مالك العقار قد تسلم البناء حكماً حتى لو لم يتسلمه حقيقةً، ويترتب على هذا التسليم ما يترتب على التسليم الحقيقي من نتائج، وتبرأ ذمة المقاول من العيوب الظاهرة، ويبدأ بالتسليم الحكمي سريان ميعاد ضمان العيوب الخفية⁴⁷.

على أن امتناع مالك العقار من استلام البناء لسبب مسوغ يكون أمراً جائزاً في حال كان البناء المنجز مخالفاً للشروط الواردة في العقد لدرجة جسيمة تجعل من الغرض المقصود منه غير صالح. أما إذا لم تبلغ المخالفة هذا الحد من الجسامة فيبقى المالك ملتزماً بالتسليم، ولكن يحق له إما طلب تخفيض الأجرة بما يتناسب مع حجم المخالفة أو طلب تعويض عن الضرر الذي أصابه بسببها.

"وفي جميع الأحوال يجوز للمقاول، إذا كان العمل يمكن إصلاحه، أن يقوم بهذا الإصلاح في مدة مناسبة، كما يجوز لرب العمل أن يلزم المقاول بذلك إذا كان الإصلاح لا يتكلف نفقات باهظة"⁴⁸. وقد يكون من مصلحة المقاول فسخ العقد بعد إعدار رب العمل بالتسليم وامتناعه، فيطلب عندئذٍ من القضاء فسخ عقد المقاولة والتحلل من التزامه بالتسليم والتصرف بالبناء كبيعته مثلاً إلى الغير بثمن أعلى وكسب ربح أوفر.
وتجدر الإشارة إلى أنه لا يختلف التكييف القانوني فيما يخص تسلم العمل إن كان رب العمل مدنياً أو تاجراً.

3- النتائج المترتبة على تسلم رب العمل البناء :

ويترتب عليه عدة نتائج، أهمها:

⁴⁵ هوييه. (2003). مرجع سابق. ف: 32332. ص: 1409.

⁴⁶ بينابنت. (2004). مرجع سابق. ف: 579. ص: 423.

⁴⁷ طعمة، واستانبولي. (1997). مرجع سابق. (ج:6). هامش ص: 5378. بتصرف.

⁴⁸ السنهوري. (2000). مرجع سابق. ف: 82. ص: 150.

1- انتقال ملكية البناء المنجز إليه من وقت التقبل في حال كان المقاول هو من قَدَم المواد والعمل.

2- استحقاق المقاول الأجر المتفق عليه ما لم يوجد اتفاق آخر في العقد.

3- يصبح رب العمل هو المسؤول عن البناء ويتحمل تبعته.

4- بدء جريان المدة القصيرة التي يقضي بها عرف الحرفة في ضمان العيوب الخفية.

كل ذلك بناء على تسلم البناء وتقبله على أساس خلوه من العيوب الظاهرة التي يستطيع رب العمل اكتشافها ببذل عناية الرجل المعتاد، ما لم يكن المقاول قد أخفاها عن رب العمل فلم يستطع كشفها وقت تسلم البناء أو تقبله، أو كان العيب ليس بالسهل كشفه لعدم وضوحه. وسنشير إلى ذلك لاحقاً في الضمان.

ثالثاً: دفع الأجر:

سبق أن بحثنا الأجر بوصفه ركناً من أركان عقد المقاولة في المبحث التمهيدي، وهنا سنبحث في الأجر الالتزام المترتب في ذمة رب العمل تجاه المقاول بعد إنجاز البناء وتسلمه، وعن طبيعة هذا الأجر، متى وأين سيدفع وما هي ضماناته.

والأجر في عقد المقاولة مقابل نسبة من البناء، هو حصول المقاول على نسبة من البناء المشاد وتختلف هذه النسبة تبعاً لاتفاق الطرفين ويخضع تحديدها لعدة اعتبارات، كموقع العقار، ومساحة البناء، وأسعار مواد البناء. وهنا يلتزم مالك العقار بأن ينقل إلى المقاول ما يؤول إليه من حصة في البناء، وذلك بعد إجراء معاملة إفراز البناء إلى مقاسم، وفقاً لما أتفق عليه في عقد التخاصص.

فلا بد من وجود الأجر في عقد المقاولة حتى لا يتحول عقد المقاولة إلى عقد تبرع، وإن عدم ذكر الأجر في عقد المقاولة لا يبطل العقد، وإنما يتكفل القانون بوضع معايير لتقديره كونه يفترض أن هناك اتفاقاً ضمناً بين المتعاقدين على أن يكون العمل بأجر. "فإذا تعاقد شخص مع مقاول لبناء منزل، فأهمية العمل ومهنة المقاول يتضافران في دلالتهما على أن هذا العمل ما كان ليتم إلا لقاء أجر يقابله، فيجب افتراض أن هناك اتفاقاً ضمناً

على أن يكون العمل بأجر.⁴⁹

وبموجب المادة (625) من القانون المدني السوري⁵⁰..

فسكوت المتعاقدين عن تحديد مقدار الأجر يجعل القانون متكفلاً بتحديدده وفق معطيات محددة وهي

قيمة العمل ونفقات المقاول. وقيمة العمل يسترشد القاضي بتحديددها بعرف المهنة. وتشمل طبيعة العمل فقد

يكون معقداً في حاجة إلى مهارة فنية كبيرة، وكمية العمل والوقت الذي استغرقه إنجازه، ومؤهلات المقاول وكفايته

الفنية وسمعته. وتشمل نفقات المقاول أثمان المواد التي استخدمت في العمل، وأجور العمال، وغير ذلك من

النفقات التي صرفها فعلاً لإنجاز العمل⁵¹.

كما على القاضي أن يستهدي عند تحديدده للأجر بالعادة الجارية بالنسبة لمن يزاولون حرفة أو مهنة

المقاول مع ملاحظة أنه لا يلتزم بأن يكون تحديدده مطابقاً للقيمة التي توجبها هذه العادات إذا كان رب العمل لا

يمارس هذه الحرفة أو المهنة. "وتعيين القاضي مقدار الأجر على النحو الذي بيناه هو فصل في مسألة

موضوعية، فلا رقابة عليه لمحكمة النقض"⁵².

1. أنواع الأجر:

(1) - الأجر الإجمالي (الجزافي) على أساس تصميم معين: وهو الأجر الذي يحدد مسبقاً قبل التنفيذ على

أساس مبلغ مقطوع بشكل نهائي. "فالصفقة الجزافية هي التي يتحدد الثمن فيها بمبلغ إجمالي ونهائي

متفق عليه بين الفريقين عند عقد الاتفاقية: لا يقبل هذا الثمن إعادة النظر فيه فيما بعد عدا تعديلات

⁴⁹ قره. (1987). مرجع سابق. ص: 188.

⁵⁰ المادة (625): (وإذا لم يحدد الأجر سلفاً، وجب الرجوع في تحديده إلى قيمة العمل ونفقات المقاول). وتقابلها المادة (659) من ق.م. المصري (مطابق)، والمادة (658) ق.م. الليبي (مطابق)، والمادة (880) ق.م. العراقي، والمادة (632) تقنين الموجبات والعقود اللبناني حيث نصت: (إذا لم يعقد اتفاق على تعيين الأجرة أو بدل العمل، فيعين بحسب العرف. وإذا كانت هناك تعريفة أو رسم، وجب تطبيقهما) إن أحكام التقنين اللبناني قريبة من أحكام التقنين المصري.

⁵¹ السنهوري. (2000). مرجع سابق. ف: 90. ص: 158. بتصرف.

⁵² شنب. (1962). مرجع سابق. ف: 56. ص: 71.

تطراً على العمل المستقل ويطلبها صاحبه⁵³.

إلا أنه يؤخذ على هذا النوع تخوف من حالة "إذا تبين أن الكلفة قد جرى تقويمها بشكل بخس يخشى أن يعوض ذلك بطريقة أو بأخرى في شأن النوعية. هذا هو خطر الجراف رغماً عن الأمن الأكيد الذي يوفره لصاحب العمل⁵⁴

وفي حالة عقد المقاولة مقابل نسبة من البناء، فإن هذا النوع من الأجر هو نسبة المقاول من البناء موضوع عقد المقاولة التي يتفق عليها مع رب العمل (مالك العقار). وفي هذه الحالة وبعد تنظيم عقد التخاصص على أساس هذه النسبة يستطيع المقاول أن يبيع على الخريطة المقاسم التي تقع في حصته، وقبل إنجاز البناء بأكمله.. هذا في حال لا يوجد ما يمنعه من ذلك في عقد المقاولة.

(2) - الأجر بمقتضى مقايضة على أساس الوحدة (الصفقة على أساس سلسلة الأسعار): وهو الأجر الذي يحدد بعد التنفيذ وإنما على أساس النفقات الحاصلة فعلياً لتنفيذ الأعمال وتعد هذه التقنية أقل تعقيداً وأكثر مرونة.

2. توابع الأجر:

للأجر توابع يجب أن تضاف إليه وتحتسب منه سواء كان متفقاً عليه في العقد أو حدد من قبل القاضي، ويلتزم رب العمل بدفعها مع دفع الأجر نفسه.

وكذلك فوائد الأجر عندما يصبح الأجر مستحقاً ويطلب به المقاول مع فوائده فتصبح واجبة الأداء من وقت المطالبة القضائية بها، سواء قبل التسليم أو بعده. وذلك وفقاً للمادة (227) من القانون المدني السوري⁵⁵.

⁵³ هوييه. (2003). مرجع سابق. ف: 32197. ص: 1301.

⁵⁴ هوييه. (2003). المرجع السابق، ف: 32197. ص: 1301.

⁵⁵ المادة (227): (..... وتسري هذه الفوائد من تاريخ المطالبة القضائية بها إن لم يحدد الاتفاق أو العرف التجاري تاريخاً آخر لسريانها، وهذا كله ما لم ينص القانون على غيره).

أما إذا قَدِّمَ المقاول مادة العمل ففي هذه الحالة "للمقاول الحق في فوائد الجزء من الأجر المقابل للمادة التي قدمها من وقت إعداده رب العمل بدفع الأجر المستحق وفوائده ولا ضرورة للمطالبة القضائية، أو من وقت تسليم المادة المصنوعة إلى رب العمل"⁵⁶.

3. تعديل الأجر (المبدأ العام):

والسؤال الذي يطرح نفسه هنا، هل يجوز الاتفاق على تعديل النسبة المتفق عليها في العقد سواء تضمن هذا الاتفاق زيادة أو نقصان النسبة؟

وقد أجاب المشرع السوري في المادة (624) من القانون المدني على هذا السؤال بأنه:

(1- إذا أبرم العقد بأجر إجمالي على أساس تصميم اتفق عليه مع رب العمل، فليس للمقاول أن يطالب بأية زيادة في الأجر، ولو حدث في هذا التصميم تعديل أو إضافة إلا أن يكون ذلك راجعاً إلى خطأ من رب العمل أو يكون مأذوناً به منه واتفق مع المقاول على أجره.

2- ويجب أن يحصل الاتفاق كتاباً، إلا إذا كان العقد الأصلي ذاته قد اتفق عليه مشافهةً).

وهناك خلاف بين رجال القانون فيما إذا كان هذا الحكم من النظام العام ولا يجوز مخالفته، وبعضهم

الأخر لا يعتبره من النظام العام، وبالتالي يجوز تعديل الأجر بعد إبرام العقد، وعلى سبيل المثال: يرى د.

السنهوري "أن الأجر المتفق عليه لا تجوز زيادته حتى بطريق غير مباشر. فلو أن المقاول وجد أنه من

الضروري إدخال تعديل في التصميم كان من شأنه أن زادت تكاليف العمل على الأجر المتفق عليه، فإنه لا

يتقاضى إلا الأجر المتفق عليه، ولا يستطيع أن يرجع بزيادة التكاليف ولو عن طريق دعوى الإثراء بلا سبب"⁵⁷.

وبرأيي فإنه لطالما كان العقد شريعة المتعاقدين وبالتالي فإن توافق إرادتي كل من مالك العقار والمقاول على

تعديل نسبة كل منهما في البناء المخطط إشادته، فإن هذا الاتفاق لا يعد مخالفاً للنظام العام.

⁵⁶ قره. (1987). مرجع سابق. ص: 192.

⁵⁷ السنهوري. (2000). مرجع سابق. ف: 101. ص: 176.

ولكن التساؤل يثار فيما إذا قام المقاول بأعمال غير الواردة في عقد المقاولة، وغير ملزم بها، فهل يستطيع أن يطالب المالك بزيادة نسبته من البناء لقاء هذه الأعمال الزائدة...؟ كأن يقوم باستخدام مواد أكثر جودة من المواد المتفق عليها في العقد (نخب أول بدلاً من نخب ثالث سيراميك). أم لا يحق له طلب الزيادة ويعد متبرعاً بهذه الأعمال...؟

وبرأيي إن المقاول في هذه الحالة يعد بحكم المتبرع، والمالك غير ملزم بالتعويض عليه وزيادة نسبته، ويستطيع التمسك بالعقد المبرم بينهما.

4. الاستثناء من المبدأ العام:

وتجد ثلاث حالات يجوز فيها تعديل الأجر بالزيادة أو بالنقصان دون حاجة لاتفاق الطرفين، وهذه الحالات هي:

- (1) - إذا أبرم العقد بأجر إجمالي على أساس تصميم اتفق عليه مع رب العمل: فليس للمقاول أن يطالب بأية زيادة في الأجر، ولو حدث في هذا التصميم تعديل أو إضافة إلا أن يكون ذلك راجعاً إلى خطأ من رب العمل أو يكون مأذوناً به منه واتفق مع المقاول على أجره (وفقاً للمادة 1/624 مدني سوري)، أو إذا انهار التوازن الاقتصادي بين التزامات كل من رب العمل والمقاول بسبب حوادث استثنائية عامة لم تكن في الحسبان وقت التعاقد، وتدعى بذلك الأساس الذي قام عليه التقدير المالي لعقد المقاولة، جاز للقاضي أن يحكم بزيادة الأجر أو بفسخ العقد. (المادة 4/658 مدني مصري).

فالمادة (624) من القانون المدني السوري لم تورد الفقرتين (3-4) الواردتين في المادة (658) من القانون المدني المصري، لذلك تطبق نظرية الظروف الطارئة في مبدأها العام الواردة في المادة (2/148) من القانون المدني السوري.⁵⁸ وإن "نص التقنين اللبناني يقارب نص المادة (1793) مدني فرنسي. ولا يشتمل التقنين المصري على تطبيق خاص لنظرية الظروف الطارئة في حالة علو الأسعار أو الأجور. ولما كان التقنين

⁵⁸ وتطابق المادة (624) من القانون المدني السوري، المادة (657) من القانون المدني الليبي، وكذلك المادتين (877-878) من القانون المدني العراقي. أما بالنسبة لقانون الموجبات والعقود اللبناني فإن المادة (675) منه تقارب في المعنى مضمون المادة (624) من القانون المدني السوري.

اللبناني لا يقر نظرية الظروف الطارئة في مبدأها العام، فلا مجال إذن لتطبيقها في عقد المقاولة⁵⁹.

وهناك ثلاثة شروط يجب توافرها في عقد المقاولة ليكون غير قابل للتعديل لا بالزيادة ولا بالنقصان، وهي:

أ- أن يكون الأجر المتفق عليه في عقد المقاولة أجراً إجمالياً محدداً سابقاً وبصورة نهائية.

ب- أن يكون العقد قد أبرم على أساس تصميم معين متفق عليه اتفاقاً نهائياً. ويجب أن يكون التصميم

كاملاً وقت إبرام المقاولة لا في وقت لاحق. ثم يجب أن يكون التصميم واضحاً، ومعنى الوضوح

هنا أن يكون مفصلاً دقيقاً، فلا يكون التصميم الذي لا يشمل إلا على الخطوط الرئيسية للأعمال

المطلوب إنجازها، أو إلا على مخطط تقريبي غير دقيق لهذه الأعمال، تصميمياً واضحاً⁶⁰.

ت- أن يكون عقد المقاولة مبرماً بين رب العمل والمقاول الأصلي. فالعقد الذي يبرم بين المقاول

الأصلي والمقاول من الباطن لا تسري عليه أحكام المادة (624) ق.م. السوري وإنما القواعد العامة.

والعبرة من هذا التفريق "إنما وردت لتحمي رب العمل وهو عادة رجل غير فني قليل الخبرة من

المقاول وهو دائماً رجل فني واسع الخبرة، ولا تتوافر حكمة النص في العلاقة ما بين المقاول

الأصلي والمقاول من الباطن، إذ هما يتساويان في المعرفة الفنية وفي الخبرة فيكفي في العلاقة

بينهما أن تسري القواعد العامة⁶¹.

"على أنه إذا نظرنا إلى المادة (658) ق.م. المصري في الفقرتين الثالثة والرابعة منها الخاصتين

بانهيار التوازن الاقتصادي [غير منصوص عنهما في المادة (624) ق.م. السوري] نلاحظ أنهما

تسريا في العلاقة ما بين المقاول الأصلي والمقاول من الباطن، لأن العلة في استبعاد النص فيما

يتعلق بتعديل التصميم وثبات الأجر ليست موجودة بالنسبة إلى انهيار التوازن الاقتصادي⁶².

⁵⁹ السنهوري. (2000). مرجع سابق. ص: 171. هامش: 1.

⁶⁰ شنب. (1962). مرجع سابق. ف: 139. ص: 166-165.

⁶¹ قره. (1987). مرجع سابق. ص: 206.

⁶² السنهوري. (2000). مرجع سابق. ف: 100. ص: 174. بتصرف.

فإذا توافرت هذه الشروط الثلاثة، "فإن الأجر الإجمالي الجزافي الذي اتفق عليه الطرفان في عقد المقاولة لا يكون قابلاً للتعديل، لا بالزيادة ولا بالنقص. وذلك حتى لو أدخل المقاول تعديلاً على التصميم، فلا يزيد الأجر بهذا التعديل بل يبقى كما هو، ولو كان التعديل هاماً نافعاً، بل ولو كان ضرورياً"⁶³. كذلك لا يزيد الأجر حتى لو زادت أسعار المواد الأولية، أو زادت أجور العمال، أو وقع حادث غير منتظر زاد في تكاليف الأعمال،، أو انتشر وباء أو دهم غرق مما اقتضى أن تزيد التكاليف، أو زادت أجور نقل المواد الأولية أو أجور نقل العمال، أو زاد سعر التأمين على بعض الأعمال المطلوبة، أو زادت الضرائب المفروضة على استيراد بعض المواد"⁶⁴.

فبذلك يشعر رب العمل بالاطمئنان، فلا يستطيع المقاول أن يطالبه بأزيد من الأجر المتفق عليه في العقد، فلا يفاجأ بأية زيادة ولا يستطيع أن يرجع عليه حتى بدعوى الإثراء بلا سبب مقابل زيادة التكاليف. وبالمقابل في حال كانت التكاليف الفعلية أقل من الأجر المتفق عليه، فهذه الزيادة يكسبها المقاول وحده دون أن يعيد لرب العمل شيئاً.

• الاستثناء في القانون السوري:

إن الاستثناء الوارد في نص المادة (624) من القانون المدني السوري الذي يجوز فيه زيادة الأجر، هو:

- تعديل التصميم بسبب خطأ من رب العمل أو بناء على اتفاق معه، مثلاً كأن يكون رب العمل قدم للمقاول "أرضاً لا يملكها كلها فاضطر المقاول أن يهدم البناء في الجزء الذي لا يملكه رب العمل وأن يعدل التصميم على مقتضى المساحة الحقيقية التي يملكها رب العمل، فإن المقاول يكون قد عدل التصميم بخطأ من رب العمل. فإذا كان تعديل التصميم يستوجب زيادة التكاليف على المبلغ الإجمالي المتفق عليه، فإن هذه الزيادة يتحملها رب العمل لا المقاول، لأنه هو الذي تسبب فيها

⁶³ شنب. (1962). مرجع سابق. ف: 141. ص: 170-171.

⁶⁴ قره. (1987). مرجع سابق. ص: 207.

بخطأه"⁶⁵. ولا يعتد بنية رب العمل إن كان حسن النية أم سيء النية في خطئه، المهم أنه حصل تعديل في التصميم تسبب بزيادة التكاليف ناجماً عن خطئه.

- أو أن يحصل التعديل في التصميم بناء على إذن رب العمل بذلك التعديل وبعد اتفاه مع المفاول على مقدار الأجر الزائد. ويكون هذا الاتفاق مكتوباً إن كان العقد بالأصل قد أبرم كتابةً. وهذا خروج عن القاعدة العامة التي "تقضي بأنه يكفي أن يتفق رب العمل مع المفاول على التعديل في ذاته، ويتكفل القانون بعد ذلك بتحديد مقدار الزيادة في الأجر ويرجع في هذا التحديد إلى قيمة العمل ونفقات المفاول"⁶⁶. إلا أن المشرع قرن هذا التعديل بالإذن والكتابة لإثبات الاتفاق على مقدار الزيادة في الأجر وإثبات الاتفاق على التعديل الذي طرأ على التصميم.

• الاستثناء في القانون المصري:

وتجدر الإشارة إلى الاستثناء الآخر الذي نصت عليه المادة (658) ق.م. المصري في الفقرتين الثالثة والرابعة وهو: زيادة التكاليف زيادة فاحشة ينهار معها التوازن الاقتصادي بين التزامات كل من رب العمل والمفاول، الذي يعد تطبيقاً واضحاً لنظرية الظروف الطارئة التي نصت عليها المادة (148) ق.م. السوري.

- ولتطبيق هذه النظرية شروط يجب توافرها وهي:

- 1- أن يكون العقد مترخياً.
- 2- أن تحدث حوادث استثنائية عامة بعد إبرام العقد. ومثالها "حرب أو إضرار مفاجيء أو قيام تسعيرة رسمية أو إلغاؤها أو استيلاء إداري أو وباء ينتشر أو تشريع مفاجيء،.... ويجب أن تكون الحوادث عامة، أي غير خاصة بالمفاول وحده"⁶⁷.

⁶⁵ السنهوري. (2000). مرجع سابق. ف: 103. ص: 178. نقلاً عن شنب. (1962). مرجع سابق. ف: 140.

⁶⁶ قره. (1987). مرجع سابق. ص: 211.

⁶⁷ السنهوري. (2000). مرجع سابق. ف: 104. ص: 182.

3- أن تكون هذه الحوادث الاستثنائية العامة غير متوقعة. "ولا فرق بين حادث استثنائي يجد بعد إبرام

المقولة وحادث استثنائي موجود وقت إبرامها ولكنه غير ممكن توقعه، فكلاهما من الحوادث

الاستثنائية التي (لم تكن في الحسبان وقت التعاقد) كما تقول الفقرة الرابعة من المادة (658) مدني

مصري⁶⁸.

4- أن تجعل هذه الحوادث تنفيذ الالتزام مرهقاً لا مستحيلاً. فيجب أن تكون خسارة المقاول فادحة

ومرهقة. "والإرهاق معياره موضوعي بالنسبة إلى الصفقة المعقودة، لا ذاتي بالنسبة إلى شخص

المدني⁶⁹.

- وفي التطبيق الخاص لهذه المادة (658) من القانون المصري (جاز للقاضي أن يحكم بزيادة الأجر

أو بفسخ العقد) وهذا مخالف للمبدأ العام الوارد في المادة (2/147) من القانون المدني المصري الذي لا يجعل

للقاضي إلا أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول. فلا يفسخ العقد بل تتوزع تبعة الحادث المفاجيء على كل

من الدائن والمدني.

- أما في التطبيق الخاص في عقد المقولة فالقاضي يحكم بفسخ العقد إذا رأى مسوغاً لذلك. كأن يكون

الالتزام مرهقاً على المقاول وعلى رب العمل. وإذا رأى القاضي أن الأمر لا يستدعي فسخ العقد، فيقرر زيادة

التكاليف المألوفة على المقاول بدايةً ثم يقوم بتقسيم الخسارة المتبقية (التكاليف غير المألوفة) على كل من

المقاول ورب العمل منصفةً. وله أن يكتفي "بوقف تنفيذ المقولة حتى يزول الحادث الطارئ". إذا كان هذا

الحادث وقتياً يقدر له الزوال في وقت قصير⁷⁰.

⁶⁸ السنهوري. (2000). المرجع السابق. ص: 182-183. هامش: 2.

⁶⁹ قره. (1987). مرجع سابق. ص: 215.

⁷⁰ السنهوري. (2000). مرجع سابق. ف: 104. ص: 185.

"ويلاحظ أن الجزاء المتقدم الذكر يعتبر من النظام العام، فلا يجوز للمتعاقدين أن يتفقا مقدماً على ما يخالفه، كأن ينزل المفاوض مثلاً في عقد المفاوضة عن حقه في التمسك بنظرية الظروف الطارئة، فمثل هذا النزول يكون باطلاً لا يعتد به."⁷¹

وإن هذا التطبيق الخاص لنظرية الظروف الطارئة، الوارد في المادة 658 مدني، مقصور على المفاوضة التي يكون فيها الأجر قد حدد بمبلغ إجمالي على أساس تصميم متفق عليه. أما المفاوضة التي يكون فيها الأجر مقدراً بمقتضى مقايضة على أساس الوحدة، فلم يرد في شأنها نص خاص بنظرية الظروف الطارئة. وليس معنى ذلك أن هذه المفاوضة لا تسري عليها نظرية الظروف الطارئة أصلاً، بل معناه أن تسري عليها النظرية في مبدأها العام كما هو مقرر في المادة 2/147 مدني، دون التطبيق الخاص المقرر في المادة 658 مدني.⁷²

"أما القانون الفرنسي فلا يقر نظرية الظروف الطارئة لا في مبدأها العام ولا في تطبيقها الخاص بعقد المفاوضة، فالالتجاء إلى نظرية الغلط طريق لا بأس به للوصول إلى حل عادل أمام انعدام النص، ولكنه طريق يجب في سلوكه كثير من الحيطة والحذر."⁷³

(2) - إذا أبرم عقد بمقتضى مقايضة على أساس الوحدة: وتبين في أثناء العمل أن من الضروري لتنفيذ التصميم المتفق عليه مجاوزة المقايضة المقدرة مجاوزة محسوسة، وجب على المفاوض أن يخطر في الحال رب العمل بذلك مبيناً مقدار ما يتوقعه من زيادة في الثمن، فإن لم يفعل سقط حقه في استرداد ما جاوز به قيمة المقايضة من نفقات. بحسب المادة (1/623) ق.م. السوري.⁷⁴

وتجدر الإشارة إلى الفقرة الثانية من المادة (623)⁷⁵، التي تشير إلى أنه "يقتصر التزام رب العمل على الوفاء

⁷¹ قره. (1987). مرجع سابق. ص: 217.

⁷² السنهوري. (2000). مرجع سابق. ص: 186. هامش: 3.

⁷³ قره. (1987). مرجع سابق. ص: 213-214. هامش: 3. بتصرف.

⁷⁴ وتطابق هذه المادة، المادة (657) ق.م. المصري، و المادة (656) ق.م. الليبي، والمادة (879) ق.م. العراقي، أما عن قانون الموجبات والعقود اللبناني فلا مقابل لهذه المادة فيه.

⁷⁵ المادة (2/623): (1) -.....-2 فإذا كانت المجاوزة التي يقتضيها تنفيذ التصميم جسيمة جاز لرب العمل أن يتحلل من العقد ويقف التنفيذ على أن يكون ذلك دون إبطاء، مع إيفاء المفاوض قيمة ما أنجزه من الأعمال، وما أنفقه من المصروفات مقدرة وفقاً لشروط العقد، دون أن يعرضه عما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل.)

بقيمة ما أنجزه المقاول من الأعمال وفقاً لشروط العقد، دون إلزامه بما يجاوز هذه القيمة من مصروفات أنفقها المقاول مجاوزة للمتوقع من قيمة المقايضة. فالأمر إذن لم يسفر إلا عن تنفيذ المقاولة تنفيذاً جزئياً⁷⁶.

وهناك شروط يجب توافرها حتى يطبق هذا الاستثناء:

- أ- أن يكون الأجر المتفق عليه بمقتضى مقايضة على أساس الوحدة تحديداً.
- ب- أن تكون مجاوزة المقايضة مجاوزة محسوسة لسبب لم يكن معروفاً وقت العقد.
"والمقصود بمجاوزة المقايضة مجاوزة محسوسة كميات الأعمال المقدرة في المقايضة، لا مجاوزة أسعارها. ولا يكفي أن تكون الزيادة محسوسة، بل يجب أيضاً ألا تكون متوقعة وقت إبرام عقد المقاولة. وقاضي الموضوع هو الذي يقدر ما إذا كانت الزيادة محسوسة فيعتد بها أو غير محسوسة فلا تكون محل اعتبار، وتقديره لا يخضع لرقابة محكمة النقض"⁷⁷.
- ت- أن يخطر المقاول رب العمل بما يتوقعه من زيادة في الكم وما يعني زيادة في الأجر، فور علمه بالزيادة. ويكون ذلك عن طريق إخطار يوجهه لرب العمل يذكر فيه ما يتوقعه من زيادة أو الأسس التي تقوم عليها الزيادة، وإلا إن لم يفعل ذلك أو أبطأ في إخطاره دون مبرر، سقط حقه في استرداد ما جاوز به قيمة المقايضة من نفقات.

وإذا أردنا تطبيق هذه الحالة على عقد المقاولة مقابل نسبة من البناء، فتكون مثلاً باتفاق فريقين العقد على استيفاء المقاول أجره (نسبته في البناء) كل طابق يقوم بإشادته على حدة، فلا يستطيع التصرف بحصته التي يملكها في هذا الطابق (كأن يبيعه مثلاً) إلا بعد إتمام إشادته وهكذا دواليك لإنجاز كامل البناء. ومن جهة أخرى فإن هذا المثال يلغي فكرة البيع على الخريطة التي من الممكن استخدامها في حال كان الاتفاق على أساس تصميم معين والأجر جزافي.

⁷⁶ قره. (1987). مرجع سابق. ص: 195 - 196. هامش: 1.

⁷⁷ السنهوري. (2000). مرجع سابق. ف: 95. ص: 164-165. بتصريف.

(3) - فيما يخص أجر المهندس المعماري:⁷⁸

إن تكييف العقد مع المهندس المعماري يقع في الأصل على أعمال مادية هي وضع التصميم والرسوم، وعمل المقاييسات وهذا هو الأصل الذي يؤجر عليه، وإدارة الأعمال والإشراف على التنفيذ يكون له أجر آخر مقابل هذه الأعمال.

وقد يقوم المهندس المعماري ببعض التصرفات القانونية، كعقد صفقات لحساب رب العمل وإقرار حساب الماويل وتسلم العمل منه. فإذا اقتصر العمل على أعمال مادية تمحض مقاوله، وإذا اختلطت بالأعمال المادية تصرفات قانونية كان العقد خليطاً من مقاوله ووكالة. ومن ثم تسري أحكام المقاوله والوكالة، ولكن عنصر المقاوله هو الغالب فإذا تعارضت الأحكام وجب تطبيق أحكام المقاوله. فلا يكون أجر المهندس خاضعاً لتقدير القاضي كأجر الوكيل، ولا ينتهي بموت رب العمل كما كان ينتهي لو أنه كان وكالة⁷⁹.

وغالبا ما يتفق رب العمل مع المهندس على مقدار الأجر. فإذا حدد على هذا النحو لا يجوز تخفيضه بدعوى أنه مبالغ فيه. أما إذا لم يكن هناك اتفاق على الأجر يرجع القاضي في تحديده إلى العرف الجاري وهو ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة (626) من القانون المدني السوري. ولا يرجع في تحديد أجر المهندس إلى قيمة الأعمال التي أنجزها والنفقات كما نصت عليه القاعدة العامة في المادة (256) من القانون المدني السوري بل اختصه بنص يحدد أجره وفقاً للعرف حصراً.

والعرف المقصود في هذه المادة هو عرف المهندسين المعماريين وما هو وارد في النظام الداخلي لنقابة المهندسين المعماريين. حيث يوجد قوائم لأتعاب المهندسين محددة من قبل النقابة حسب فئات معينة، يلجأ لها

⁷⁸ نصت المادة (626) ق.م. السوري على : (1- يستحق المهندس المعماري أجراً مستقلاً عن وضع التصميم وعمل المقاييسة وآخر عن إدارة الأعمال. 2- فإن لم يحدد العقد هذه الأجر وجب تقديرها وفقاً للعرف الجاري. 3- غير أنه إذا لم يتم العمل بمقتضى التصميم الذي وضعه المهندس، وجب تقدير الأجر بحسب الزمن الذي استغرقه وضع التصميم مع مراعاة طبيعة هذا العمل.) ويقابلها المادة (660) ق.م. المصري، والمادة (659) ق.م. الليبي، والمادة (881) ق.م. العراقي، ولا مقابل لها في قانون الموجبات والعقود اللبناني.

⁷⁹ قره. (1987)، مرجع سابق، ص: 219.

القاضي في حال تطبيق هذا النص. "ويقضي الحكم بأنه لا يوجد في مصر عرف لتحديد أجر المهندس، فيترك الأمر لتقدير القاضي، ويسترشد بقيمة الأعمال التي تمت وبمقدار الوقت الذي استغرقت هذه الأعمال"⁸⁰.

5. زمان الدفع ومكانه:

أعطى نص المادة (622) من القانون المدني السوري⁸¹ الأولوية للاتفاق المبرم بين المتعاقدين، فإن لم يوجد اتفاق على موعد أو مواعيد متدرجة معينة، كان عرف الصنعة هو الدليل على موعد الدفع. "وأكثر ما يجري به العرف في المقاولات الصغيرة أن يكون دفع الأجر عند تسلم العمل، وفي المقاولات الكبيرة أن يكون الدفع على أقساط بحسب ما يتم إنجازه من العمل"⁸². وإذا تأخر رب العمل في الدفع بقي هذا الالتزام في ذمته حتى يسقط في التقادم بمرور خمس عشرة سنة من وقت استحقاق الأجر.

ولا يوجد نص خاص يعين مكان الدفع، وفي تطبيق القواعد العامة فإن مكان الدفع هو المكان المتفق عليه في العقد وإن لم يوجد اتفاق، فما يقضي به العرف. وإن أكثر ما يقضي به العرف أن يكون الدفع في المكان الذي يتم فيه تسليم العمل (البناء المشاد مقابل نسبة من البناء) ويتحدد ذلك في عقد التخاصص عندما يتخاصص كل من رب العمل والمقاول بالمقاسم كل حسب النسبة التي تعود له، وبعدها بفراغ حصة المقاول (مقاسمه) في مديرية المصالح العقارية ونقل ملكيتها إليه. علماً أنه يكون ذلك في حالتين:

1- في حال قام المالك بفراغ حصة سهمية للمقاول بعد إبرام العقد وقبل إنجاز البناء بموجب توكيل خاص يمكن المقاول من فراغ حصته باسمه (نسبته من البناء في عقد المقاول)، ويصبح شريكاً للمالك في العقار بحصة سهمية تعادل نسبته المتفق عليها في العقد.

⁸⁰ السنهوري. (2000). مرجع سابق. ص: 191. هامش: 1. استئناف مختلط 8 مارس سنة 1927 م 39 ص 310. ومع ذلك قارن استئناف مختلط 27 يناير سنة 1904 م 16 ص 117.

⁸¹ المادة (622): (يستحق دفع الأجرة عند تسلم العمل، إلا إذا قضى العرف أو الاتفاق بغير ذلك).

⁸² قره. (1987). مرجع سابق. ص: 228.

(2)- في حال أنجز البناء كاملاً والانتهاء من كل الأعمال المطلوبة، وبعد إجراء معاملة الإفراز وتصحيح الأوصاف، تفرز المقاسم وتنقل ملكيتها في دائرة المصالح العقارية كل حسب حصته المتفق عليها في عقد التخاصص مسبقاً.

6. ضمانات الوفاء بالأجر:

(1)- الحق في الحبس:

يحق للمقاول الامتناع عن تسليم البناء (العمل) لرب العمل بعد الانتهاء منه، إذا امتنع رب العمل عن الوفاء بأجره المتفق عليه في عقد المقاولة، طالما أصبح هذا الوفاء واجباً. وعندها يحق للمقاول حبس العمل عن رب العمل حتى يقوم رب العمل بدفع أجره أو بتقديم تأمين كافٍ للوفاء به. وهذا ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة (247) من القانون المدني السوري⁸³، وكذلك المادة (249) من القانون السابق بأنه ينقضي الحق في الحبس بمجرد أن سمح المقاول لرب العمل بتسلم العمل⁸⁴.

وإن مجرد الحق في حبس الشيء لا يثبت حق امتياز عليه بحسب المادة (1/248) من القانون السابق، إلا أنه يوجد امتياز للمقاول على العمل الذي قام به عندما يكون تشييد بناء إضافة لحقه في الحبس. وهذا ما سنطرحه فيما يلي.

(2)- امتياز المقاول:

إن الأجر المستحق للمقاول وللمهندس المعماري في مقابل العمل الذي أنجز يكون له امتياز على هذا العمل المنجز (البناء المشاد)، وذلك بقدر ما زاد في قيمته بسبب الأعمال التي قاموا بها.

⁸³ المادة (247): (1- لكل من التزم بأداء شيء أن يتمتع عن الوفاء به، ما دام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام مترتب عليه بسبب التزام المدين ومرتب به، أو ما دام الدائن لم يتم بتقديم تأمين كافٍ للوفاء بالتزامه هذا. 2-)

⁸⁴ المادة (249): (1- ينقضي الحق في الحبس بخروج الشيء من يد حائزه أو محرزه. 2-). ويقابلها المادة (1/246) من القانون المدني المصري.

"والحكمة من هذا الامتياز أن عمل المهندس المعماري والمقاول هو سبب زيادة قيمة البناء، ولذلك كان من العدالة أن يستوفوا أجرهم من هذه القيمة بالأولوية على غيرهم. وهذا الامتياز ككل الامتيازات الخاصة الواقعة على عقارات يجب أن يقيد، وتكون مرتبته من وقت القيد"⁸⁵.

الفرع الثاني: التزامات المقاول

الالتزام الأساسي الذي يلتزم به المقاول حيال رب العمل هو إنجاز العمل (إشادة البناء)، من ثم تسليمه البناء لرب العمل منجزاً وفق المواصفات المنصوص عليها في عقد المقاولة وضمانه للبناء بعد تسليمه. إضافة إلى عدد من الواجبات التي يجب أن يلتزم بها إضافة إلى ذلك. والتي سنتطرق إلى شرحها جميعاً في ما يلي:

أولاً: القيام بالعمل المكلف به بموجب عقد المقاولة.

ثانياً: المحافظة على الأشياء المسلمة إليه من مالك العقار المعد للبناء واستخدامها طبقاً للأصول.

ثالثاً: تسليم البناء بعد إشادته إلى مالك العقار.

أولاً: القيام بالعمل المكلف به بموجب عقد المقاولة:

والمقصود به إنجاز العمل (إشادة البناء) وفقاً للشروط والمواصفات المتفق عليها في عقد المقاولة وفي المدة المنصوص عنها في العقد أو في مدة معقولة مناسبة لإنجازه، على أن يبذل في إنجازه عناية الرجل المعتاد سواء أكان هو من قَدَم المواد مع عمله أم قَدَمها رب العمل. وبالتالي فيعد هو المسؤول عن خطئه وخطأ أي من تابعيه.

وإن لم يكن هناك شروط ومواصفات متفق عليها في العقد، وجب إتباع العرف وأصول المهنة. وفي حال خالف المقاول الشروط المتفق عليها في العقد أو عرف المهنة في إنجاز العمل، عُدَّ مخالفاً بالتزامه ووجب عليه الجزاء. "وذلك دون حاجة لأن يثبت رب العمل خطأ في جانب المقاول، فإن مخالفة هذه الشروط هي ذاتها

⁸⁵ قره. (1987). مرجع سابق. ص: 233.

الخطأ. ولا يستطيع المقاول أن يتخلص من المسؤولية إلا بإثبات السبب الأجنبي، أي بإثبات أن مخالفة الشروط ترجع إلى قوة قاهرة أو حادث فجائي أو خطأ رب العمل نفسه أو فعل الغير⁸⁶.

ومن الطبيعي أن أدوات العمل تقع على عاتق المقاول، وكذلك ما يحتاجه من أيدي عاملة تعمل تحت إشرافه وتتبع له وأجورها على نفقته ما لم يتم الاتفاق أو العرف على غير ذلك. وهذا وفقاً للمادة (2/615) من القانون المدني السوري⁸⁷.

1. التزام المقاول.. بذل عناية أم تحقيق غاية:

فقد خالفت بعض الاجتهادات النص؛ وعده الاجتهاد التزاماً بتحقيق غاية، لا يبرأ من التزامه إلا إذا تحققت الغاية المرجوة من العقد، فلا يكفي أن يبذل عناية الرجل المعتاد إن لم تتحقق النتيجة، وفقاً لمذلول المادة (212) من القانون المدني السوري⁸⁸.

إلا أن محكمة النقض السورية عدت التزام المقاول يقوم على تحقيق غاية بإنجاز العمل، فجاء

باجتهادها:

"المقاول ملزم بإنجاز العمل ويكون مسؤولاً عن خطئه وعن خطأ تابعيه. حتى إذا لم تكن هناك شروط متفق عليها وجب إتباع العرف وخاصة أصول الصنعة والفن والتزامه هو التزام بتحقيق غاية....."⁸⁹.

⁸⁶ السنهوري. (2000). مرجع سابق. ف: 37. ص: 66.

⁸⁷ المادة (2/615): (1) - 2- وعلى المقاول أن يأتي بما يحتاج إليه في إنجاز العمل من أدوات ومهمات إضافية ويكون ذلك على نفقته. هذا ما لم يقض الاتفاق أو عرف الحرفة بغيره). ويقابل هذه المادة في التشريعات الأخرى: المادة (2/649) ق.م. المصري، والمادة (2/648) ق.م. الليبي، و المادة (2/867) ق.م. العراقي، والمادة (659) من قانون الموجبات والعقود اللبناني والتي توافقها في الأحكام، حيث جاء فيها: (يجب على الصانع أن يقدم العدد والآلات اللازمة لإتمام العمل، ما لم يكن هناك عرف أو اتفاق مخالف).

⁸⁸ المادة (212): (1- في الالتزام بعمل، إذا كان المطلوب من المدين هو أن يحافظ على الشيء أو أن يقوم بإدارته أو أن يتوخى الحيلة في تنفيذ التزامه فإن المدين يكون قد وفى بالالتزام إذا بذل في تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادي، ولو لم يتحقق الغرض المقصود. هذا ما لم ينص القانون أو الاتفاق على غير ذلك).

⁸⁹ طعمة، واستانبولي. (1997). مرجع سابق. (ج:6). قا: 2369. ص: 5318. نقض سوري رقم 1355 أساس 1788 تا 1983/6/20. سجلات محكمة النقض.

2. التزام المقاول.. بتقديم (العمل أم المادة والعمل)

وبدلالة المادة (613) من القانون المدني السوري⁹⁰، يجب التمييز فيما إذا كان العقد قد نص على أن يتحمل

المقاول تقديم مواد العمل كلها أو بعضها، أو كان مالك العقار هو من سيقدم هذه المواد.

فإذا كان المقاول هو المكلف بتقديم المواد كلها أو بعضها إضافة للعمل، فيجب عليه أن يلتزم بالشروط

والمواصفات المتفق عليها فيما يخص هذه المواد، من حيث النوعية والجودة، وإن لم يتفق على مواصفات معينة

لهذه المواد، فيلتزم المقاول عندها وتبعاً للقواعد العامة أن تكون من صنف متوسط وأن تكون صالحة لتحقيق

الغرض المقصود من استخدامها في العمل، وهذا وفقاً لنص المادة (614) و المادة (134) من القانون المدني

السوري⁹¹.

وإن تقديم المقاول لمواد البناء كلها أو بعضها يجعل العقد مزيجاً من بيع و مقالة، سواء أكانت المادة

أكثر أو أقل من قيمة العمل. فيقع البيع على المادة وتسري أحكامه فيما يتعلق بها، وتقع المقالة على العمل

وتتطبق أحكامها عليه. وتبعاً لذلك يكون المقاول بائعاً لمواد البناء وعليه ضمانها لمالك العقار وضمن ما فيها

من عيوب خفية، وملزماً بالضمان إذا لم تتوافر في المادة التي قدمها الصفات التي كفل وجودها فيها، أو كان

فيها عيب ينقص من قيمتها أو من نفعها بحسب الغاية المقصودة منها، ويضمن المقاول هذا العيب ولو لم يكن

عالمياً بوجوده، وهذا ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة (415) من القانون المدني السوري⁹².

3. التزام المقاول.. بضمان العيب:

لا يضمن المقاول العيوب التي كان رب العمل يعرفها وقت تمام صنع الشيء (إشادة البناء)، أو التي كان

⁹⁰ المادة (613): (1- يجوز أن يقتصر المقاول على التعهد بتقديم عمله على أن يقدم رب العمل المادة التي يستخدمها أو يستعين بها في القيام بعمله. 2- كما يجوز أن يتعهد المقاول بتقديم العمل والمادة معاً).

⁹¹ المادة (614): (إذا تعهد المقاول بتقديم مادة العمل كلها أو بعضها، كان مسؤولاً عن جودتها وعليه ضمانها لرب العمل) والمادة (134): (1- إذا لم يكن محل الالتزام معيناً بذاته، وجب أن يكون معيناً بنوعه ومقداره وإلا كان العقد باطلاً. 2- ويكفي أن يكون المحل معيناً بنوعه فقط إذا تضمن العقد ما يستطاع به تعيين مقداره وإذا لم يتفق المتعاقدان على درجة الشيء، من حيث جودته ولم يكن استخلاص ذلك من العرف أو من أي طرف آخر، التزم المدين بأن يسلم شيئاً من صنف متوسط).

⁹² المادة (415): (1- يكون البائع ملزماً بالضمان إذا لم يتوافر في المبيع وقت التسليم الصفات التي كفل للمشتري وجودها فيه، أو إذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته، أو من نفعه بحسب الغاية المقصودة مستفادة مما هو مبين في العقد أو مما هو ظاهر من طبيعة الشيء أو الغرض الذي أعد له، ويضمن البائع هذا العيب ولو لم يكن عالمياً بوجوده 2....-....).

يستطيع أن يكتشفها بنفسه فيما لو تفحص وتبين البناء بعناية الرجل المعتاد، ما لم يثبت رب العمل أن الما قول قد أكد له خلو البناء من هذا العيب، أو استطاع أن يثبت أن الما قول قد تعمد إخفاء هذا العيب عنه. كما أنه لا يضمن الما قول عيباً جرى العرف على التسامح فيه. وهذا يتوافق مع ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة (415) والمادة (416) من القانون المدني السوري⁹³.

وفي عقد الما قوله مقابل نسبة من البناء فإذا تسلم مالك العقار البناء المنجز من الما قول، وجب عليه بادئ الأمر التحقق من حالته حالما يتمكن من ذلك، فإذا كشف فيه عن عيب يضمنه الما قول وجب عليه إخطار الما قول عن هذا العيب خلال مدة معقولة. فإن لم يفعل ذلك عُذَّ قابلاً للبناء على حاله. وفي حال كان العيب مما يصعب كشفه بالفحص العادي، ثم كشفه مالك العقار لاحقاً، وجب عليه أيضاً، أن يخطر الما قول به بمجرد كشفه، وعدا ذلك فيعد قابلاً للبناء بما فيه من عيب، بدلالة المادة (417) من القانون المدني السوري⁹⁴. وإذا أخطر مالك العقار الما قول عن العيب الذي كشفه في البناء في الوقت المسموح به، كان له أن يرجع عليه بالضمان على النحو المبين في المادة (412) من القانون المدني السوري وذلك بدلالة المادة (418) من ذات القانون⁹⁵.

وتبقى دعوى الضمان ولو هلك البناء بأي سبب كان، وتسقط بالتقادم بعد مرور عام من وقت تسليم البناء إلى رب العمل حتى ولو لم يكتشف العيب إلا بعد ذلك، ما لم يقبل الما قول أن يلتزم بالضمان لمدة أطول من سنة، على أنه لا يجوز له أن يتمسك بالسنة لتتمام التقادم إذا أثبت أنه تعمد إخفاء العيب غشاً منه. وفقاً لما ورد في المادتين (419-420) من القانون السابق.

⁹³ المادة (2/415): (1-2.....-2) ومع ذلك لا يضمن البائع العيوب التي كان المشتري يعرفها وقت البيع، أو كان يستطيع أن يتبينها بنفسه لو أنه فحص المبيع بعناية الرجل العادي، إلا إذا أثبت المشتري أن البائع قد أكد له خلو المبيع من هذا العيب، أو أثبت أن البائع قد تعمد إخفاء العيب غشاً منه).

المادة (416): (لا يضمن البائع عيباً جرى العرف على التسامح فيه).

⁹⁴ المادة (417): (1-2) إذا تسلم المشتري المبيع، وجب عليه التحقق من حالته بمجرد أن يتمكن من ذلك وفقاً للمألوف في التعامل، فإذا كشف عيباً يضمنه البائع وجب عليه أن يخطر به خلال مدة معقولة فإن لم يفعل اعتبر قابلاً للمبيع. 2- أما إذا كان العيب مما لا يمكن الكشف عنه بالفحص المعتاد ثم كشفه المشتري، وجب عليه أن يخطر به البائع بمجرد ظهوره، وإلا اعتبر قابلاً للمبيع بما فيه من عيب).

⁹⁵ المادة (418): (إذا أخطر المشتري البائع بالعيب في الوقت الملائم، كان له أن يرجع بالضمان على النحو المبين في المادة (412)).

4. التزام المقاول.. عن خطئه وعن خطأ تابعيه:

إن مسؤولية المقاول عن خطئه مسؤولية عقدية نابعة من بنود وشروط عقد المقاولة المبرم بينه وبين رب العمل. وتتوافر هذه المسؤولية في توافر الشروط التالية، إذا:

(1)- خالف الشروط والمواصفات المتفق عليها.

(2)- انحرف عن أصول الفن وتقاليده الصنعة وعرفها.

(3)- أساء اختيار المادة التي قدمها من عنده ليستخدمها في العمل.

(4)- نزل عن عناية الشخص المعتاد في المحافظة على المادة التي قدمها رب العمل له.

(5)- ثبت عدم كفايته وقصوره الفني بوجه عام إذا خالف واجباً من واجباته.

فإذا ثبت خطؤه وكان هو من قدم المادة، وضاعت أو تلفت تحمل هو الخسارة ولا يرجع على رب العمل لا بقيمة المادة التي تلفت أو ضاعت ولا بأجر العمل، بل يكون مسؤولاً عن تعويض رب العمل عما أصابه من الضرر. وإذا كان رب العمل هو الذي قدم المادة، وجب عليه أن يعرضه قيمتها، ولا يرجع عليه بأجر العمل ويكون مسؤولاً عن التعويض. أما إذا حدث الضياع أو التلف بعد أن أعذر المقاول رب العمل لتسلم العمل، فإن مسؤولية المقاول تنتفي، ما لم يثبت رب العمل أن الضياع أو التلف كان بسبب خطأ المقاول. ويكون المقاول مسؤولاً عن خطأ تابعيه إذا استعان بشخص يساعده في إنجاز العمل، أو استخدامه في ذلك، فإنه يكون مسؤولاً عنه مسؤولية المتبوع عن التابع. ولكن المسؤولية هنا ليست مسؤولية تقصيرية، بل هي مسؤولية عقدية. حتى أنه يكون مسؤولاً عن المقاول من الباطن، ولو أن هذا الأخير غير خاضع لتوجيه المقاول أو إشرافه، بل يعمل مستقلاً عنه فلا يعد تابعاً له⁹⁶.

⁹⁶ السنهوري. (2000). مرجع سابق. ف: 42. ص: 75-76. بتصرف.

5. التزام المقاول.. في حال الإخلال في إنجاز العمل وجزأؤه:

في عقد المقاولة حتى ولو لم يكن لرب العمل سلطة الإشراف والتوجيه إلا أن رب العمل من حقه أن يتفقد العمل ويتأكد أن المقاول ينفذ العمل المطلوب منه طبقاً للشروط والمواصفات المتفق عليها.

وفي حال قيام المقاول بالعمل على وجه معيب أو منافي للعقد، فإما أن يكون بمقدور المقاول إصلاح العيب، وإما أن يكون إصلاحه مستحيلاً. وسنبين الأمر في الحالتين كما يلي:

1- الحالة الأولى: إمكانية إصلاح العيب:

إذا كان المقاول يستطيع إصلاح العيب في البناء المنجز، ففي هذه الحالة على رب العمل بدايةً أن ينذر المقاول بأن يعدل في طريقة تنفيذه للبناء خلال أجل محدد. فالإنذار إذاً يجب أن يتضمن الشرط الذي خالفه المقاول والأجل الذي يمنح له لإصلاح العيب.

فإذا عدل المقاول طريقة التنفيذ وأصلح العيب الواقع، فلا تتحقق مسؤوليته أمام رب العمل. أما إذا انقضى الأجل المحدد في الإنذار ولم يصلح العيب، عندها يجوز لرب العمل إما أن يطلب فسخ العقد أو أن يعهد إلى مقاول آخر بإنجاز العمل. وهذا ما جاء في صريح الفقرة الأولى من المادة (616) من القانون المدني السوري⁹⁷.

وباجتهاد قضائي على ذلك، يقول: "1- إذا أخل المقاول بالتزامه في إنجاز العمل فخالف الشروط والمواصفات المتفق عليها أو تأخر في إنجاز العمل فإن مسؤوليته تتحقق ويكون لرب العمل في هذه الحالة وتطبيقاً للقواعد العامة إما أن يطلب التنفيذ العيني وإما أن يطلب الفسخ مع التعويض في الحالتين إن كان له مقتضى، ويجب أن يعذر رب العمل المقاول كما تقضي القواعد العامة. 2-... 3-... 4-..."⁹⁸

⁹⁷ المادة (616): 1- إذا ثبت أثناء سير العمل أن المقاول يقوم به على وجه معيب أو منافي للعقد، جاز لرب العمل أن ينذر بأن يعدل من طريقة التنفيذ خلال أجل معقول يعينه له. فإذا انقضى الأجل دون أن يرجع المقاول إلى الطريقة الصحيحة، جاز لرب العمل أن يطلب إما فسخ العقد وإما أن يعهد إلى مقاول آخر بإنجاز العمل على نفقة المقاول الأول طبقاً لأحكام المادة 210. 2-....). ويقابلها في القوانين العربية: المادة (650) ق.م. المصري، المادة (649) ق.م. الليبي، والمادة (869) ق.م. العراقي، والمادة (1/664) و (665) من قانون الموجبات والعقود اللبناني.

⁹⁸ طعمة، واستانبولي. (1997). مرجع سابق. (ج: 6). قا: 2375. ص: 5346. قرار محكمة النقض رقم 346 أساس 164 تا 1982/3/1. سجلات محكمة النقض.

ويجوز لرب العمل طلب فسخ العقد على اعتبار أن التنفيذ العيني خلال المدة المتبقية من العقد غير ممكنة، ولكن اجتهد محكمة النقض أكدَّ على أن فسخ العقد يجب أن يكون عن طريق القضاء. "إذا عمد رب العمل إلى فسخ عقد المقاولة بسبب خطأ المقاول فإن هذا الفسخ لا يكون إلا عن طريق القضاء. وتحلل رب العمل من المقاولة ووقف تنفيذها بإرادته المنفردة يوجب عليه التعويض على المقاول. ويجوز للمحكمة أن تخفض التعويض المستحق عما فات المقاول من كسب إذا كانت الظروف تجعل هذا التخفيض عادلاً." ⁹⁹

ماذا لو كان المقاول قد أعذر رب العمل بعدم تنفيذه للعقد؟. فما هو الجزاء الذي يترتب على المقاول في

هذه الحالة؟

بعد البحث نجد أن محكمة النقض اعتبرت أن المقاول المعتذر عن التنفيذ مسؤول مسؤولية عقدية وأعطت الخيار لرب العمل إما أن يطلب تنفيذ الالتزام بواسطة مقاول آخر على نفقة المقاول الأصلي أو الفسخ مع التعويض.

(1- إذا اعتذر المقاول عن تنفيذ عقد المقاولة فإن صاحب العمل يكون بالخيار بين طلب الترخيص له من القضاء بتنفيذ الالتزام بواسطة مقاول آخر على نفقة المقاول الأصلي أو أن يطلب الفسخ مع التعويض وفقاً للقواعد العامة.

2- إذا لم يكن التعويض مقدر في العقد فإن القاضي هو الذي يقدره على ضوء ما أصاب صاحب العمل من خسارة وما ضاع عليه من كسب). ¹⁰⁰

ولكن.. هل الإنذار واجب على رب العمل حتى ولو كان هناك ما يستدعي الاستعجال في التنفيذ؟ وما

هي طريقة الإنذار الواجبة؟

فلو عدنا للمادة (616) من القانون المدني السوري نجد أن المشرع استخدم لفظ الجواز . جاز لرب العمل أن ينذره . ولكن محكمة النقض أكدت في كثير من أحكامها على وجوب الإنذار وإلزامه بحق رب العمل كما حددت

⁹⁹ طعمة، واستانبولي. (1997). المرجع السابق. (ج: 6). قا: 2383. ص: 5415. قرار محكمة النقض رقم 1816 أساس 1324 تا 1982/10/9. سجلات محكمة النقض.

¹⁰⁰ طعمة، واستانبولي. (1997). المرجع السابق. (ج: 6). قا: 2374. ص: 5343. قرار محكمة النقض السورية رقم 749 أساس 237 تا 1982/4/22، سجلات محكمة النقض.

طريقته:

(1- إن عدم التزام المتعهد بشروط العقد بأن تأخر عن التنفيذ ووجود بند في العقد يعطي صاحب العمل

الحق بالتنفيذ على حساب المتعهد لا يكفيان لإعفاء صاحب العمل من إنذار المتعهدين قبل المباشرة بالتنفيذ

باعتبار أن عدم الإنذار ينصرف إلى أن الدائن متسامح أو أنه لم يصبه ضرر من جراء التأخير.

2- إن حالة الاستعجال وإن كانت تجيز للدائن أن ينفذ الالتزام على نفقة المدين دون ترخيص من القضاء غير

أن ذلك لا يعفيه من وجيبة الإنذار.¹⁰¹

- "1-2-3-..... إذا لم يكن هناك اتفاق بين الطرفين على طريقة الإنذار فلا يكفي أن يتم الإنذار عن

طريق ورقة أو كتاب مسجل ولابد من أن يكون إنذار عن طريق الكاتب بالعدل. 4-.....¹⁰².

وبرأي الدكتور محمد لبيب شنب:

إن إنذار رب العمل للمقاول لتعديل طريقة تنفيذ العمل ليس مجرد رخصة لرب العمل إن شاء استعملها

وإن شاء أهملها. بل إن رب العمل يلتزم بالقيام بهذا الإنذار متى ثبت له في طريقة التنفيذ من عيوب أو منافات

للعقد. فذلك ما يوجب حسن النية في تنفيذ العقود . فإذا أهمل رب العمل أو تعمد أن يسكت وترتب على ذلك أن

جاء العمل غير مطابق لما هو متفق عليه فإن رب العمل لا يستحق تعويضاً عن الأضرار التي كان من الممكن

تجنبها لو أخطر المقاول في حينه بما في طريقة التنفيذ من عيوب أو مخالفة لمواصفات العقد¹⁰³.

(2- الحالة الثانية: استحالة إصلاح العيب:

كأن يشيد المقاول الطوابق الأولى من البناء على خلاف المواصفات والتصاميم الموكول إليه تنفيذها،

فعندها لا يعد يستطيع تدارك الخطأ، إذ أن باقي المقاسم والطوابق ستكون على غرار الأولى معيبة مثلها، فلا

¹⁰¹ طعمة، واستانبولي. (1997). المرجع السابق. (ج:6). قا: 2373. ص: 5341. قرار محكمة النقض رقم 976 أساس 668 تا 1982/5/12. سجلات محكمة النقض.

¹⁰² طعمة، واستانبولي. (1997). المرجع السابق. (ج:6). قا: 2375. ص: 5346. قرار محكمة النقض رقم 346 أساس 164 تا 1982/3/1. سجلات محكمة النقض.

¹⁰³ شنب. (1962). مرجع سابق. ف: 71. ص: 90.

سبيل إلى إصلاح طريقة التنفيذ إلا بهدم البناء كله.

وفي هذه الحالة يحق لرب العمل منذ البداية أن يطلب فسخ العقد لمخالفة المقاول الشروط المتفق عليها، ولا حاجة للانتظار لانتهاء من كامل البناء معيماً حتى يطلب فسخ العقد. وللقاضي سلطة تقديرية، فإن رأى أن رب العمل على حق فيما يدعيه حكم بفسخ العقد وبتعويض المقاول لرب العمل تعويضاً عادلاً عما لحقه من ضرر جراء هذا الخطأ، أما إذا رأى أن العيب لا يرقى لدرجة الاستحالة بل من الممكن تداركه أو إصلاحه، فيحكم على المقاول بإصلاح العيب على نفقته.¹⁰⁴

ثانياً: المحافظة على الأشياء المسلمة إليه من مالك العقار المُعد للبناء واستخدامها طبقاً للأصول:

إذا كان رب العمل هو الذي قدم المادة للمقاول كلها أو بعضها، فيجب على المقاول أن يحافظ على المادة المسلمة إليه وأن يبذل في المحافظة عليها عناية الشخص المعتاد. فإن قصر في عنايته بها كان مسؤولاً عن هلاكها أو تلفها أو ضياعها أو سرقتها، وإذا احتاج الحفظ إلى نفقات تحملها المقاول لأنها تعد جزءاً من النفقات التي أدخلها في حسابه عند تقدير الأجر. ثم يجب على المقاول أن يستخدم المواد المسلمة إليه طبقاً لأصول الفن والحرفة فيجانب الإفراط والتفريط بها، ويستعمل منها القدر اللازم لإنجاز العمل المطلوب منه دون زيادة أو نقصان، وأن يؤدي حساباً لمالك العقار عما استعمله منها ويرد له الباقي. وإذا كشف في أثناء عمله أو كان يمكن أن يكشف تبعاً لمستواه الفني أن في المادة عيوباً لا تصلح معها للغرض المقصود منها، وجب عليه أن يخطر مالك العقار الذي قدم تلك المواد فوراً بذلك وإلا كان مسؤولاً عن كل ما يترتب على إهماله من نتائج.

فإذا تلف الشيء، أو هلك أو ضاع وقع عبء الإثبات على مالك العقار (رب العمل) فعليه أن يثبت أن المقاول لم يبذل في حفظ الشيء عناية الشخص المعتاد، وللمقاول أن يثبت أنه بذل عناية الشخص المعتاد، أو أن التلف أو الضياع أو الهلاك كان لسبب أجنبي لا يد له فيه أو بسبب رب العمل.¹⁰⁵

¹⁰⁴ قره. (1987). مرجع سابق. ص: 125. بتصرف.

¹⁰⁵ السنهوري. (2000). مرجع سابق. ف: 41. ص: 72-73-74. بتصرف.

وهذا خلاصة ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة (615) من القانون المدني السوري.¹⁰⁶

ثالثاً: تسليم البناء بعد إشادته إلى مالك العقار:

يلتزم المقاول بتسليم البناء المنجز لرب العمل وفقاً للنسبة المتفق عليها في عقد المقاولة. فمحل التسليم هنا يقع على الحصة التي اتفق على أن يتخصص بها مالك العقار فقط، وذلك خلال المدة المتفق عليها في العقد. وتعد مسؤولية المقاول بهذا الشأن مسؤولية عقدية، ويلتزم المقاول برد ما بقي من المواد التي قدمها رب العمل بعد إنجاز البناء في حال كان رب العمل هو من قدم المادة. عملاً بالمادة (1/615) من القانون المدني السوري سابقة الذكر.

"كذلك يلتزم المقاول برد ما تسلمه من رب العمل من تصميم ورسومات ونماذج ورخص (كرخصة البناء في مقاولة البناء) ومستندات مثبتة للملكية (ملكية الأرض التي يقام عليها البناء) وأدوات ومهمات يكون قد تسلمها من رب العمل، ولم تعد الحاجة تدعو لاستبقائها عنده بعد أن أنجز العمل"¹⁰⁷.

"ويكون التسليم بوضع العمل تحت تصرف رب العمل بحيث يتمكن هذا من الاستيلاء عليه والانتفاع به دون عائق، ولا يشترط أن يضع رب العمل يده فعلاً على العمل فإن هذا هو التسليم لا التسليم وهو واجب على رب العمل لا المقاول"¹⁰⁸. وإن مكان التسليم هو مكان العقار (البناء المشاد) وفقاً لما جاء في المادة (345) من القانون المدني السوري¹⁰⁹.

ويتم التسليم عند انتهاء المدة المتفق عليها في عقد المقاولة في حال نص العقد عليها، وإن لم يتفق الطرفان على مدة محددة لإنجاز البناء، فيكون التسليم في مدة معقولة يعود تقديرها وفقاً لطبيعة العمل وعرف المهنة. "وعلى

¹⁰⁶ المادة (615): (1- إذا كان رب العمل هو الذي قدم المادة، فعلى المقاول أن يحرص عليها ويراعي أصول الفن في استخدامه لها وأن يؤدي حساباً لرب العمل عما استعملها فيه ويرد إليه ما بقي منها. فإذا صار شيء من هذه المادة غير صالح للاستعمال بسبب إهماله أو قصور كفايته الفنية، التزم برد قيمة هذا الشيء لرب العمل. 2-.....)

ويقابل هذه المادة في التقنينات المدنية العربية الأخرى: المادة (1/649) في القانون المدني المصري، المادة (1/648) في القانون المدني الليبي، المادة (1/867) في القانون المدني العراقي، المادة (639) من قانون الموجبات والعقود اللبناني.

¹⁰⁷ قده. (1987). مرجع سابق. ص: 131.

¹⁰⁸ السنهاوري. (2000). مرجع سابق. ف: 49. ص: 89.

¹⁰⁹ المادة (345): (1-..... 2- أما في الالتزامات الأخرى فيكون الوفاء في المكان الذي يوجد فيه موطن المدين وقت الوفاء، أو في المكان الذي يوجد فيه مركز أعمال المدين إذا كان الالتزام متعلقاً بهذه الأعمال)، ويقابلها المادة (2/347) في القانون المدني المصري

كل حال يكون التسليم بمجرد إنجاز العمل، ما لم يتفق على ميعاد آخر. وقد يستخلص هذا الاتفاق من الظروف¹¹⁰.

وقد يكون للمقاول في ذمة رب العمل أجر مستحق عند حلول موعد التسليم، عندها يحق للمقاول أن يحبس العمل حتى يستوفي حقه وذلك طبقاً للقواعد العامة في الحبس. حتى أن حق الحبس هذا يشمل الأشياء التي صنعها المقاول بمواد من عنده، وكذلك كل ما تسلمه من رب العمل من مواد لإنجاز البناء (مثلاً الرسوم والمخططات والوثائق التي تخص العقار والأدوات و.....). "وللمقاول الاحتجاج بحق الحبس في مواجهة رب العمل وخلفه العام وخلفه الخاص وفي مواجهة دائني رب العمل العاديين والممتازين"¹¹¹.

وفي حال تأخر المقاول في التنفيذ وتسليم العمل، فإن لمالك العقار التنفيذ على حصة المقاول في حال وجود بند في العقد يعطيه هذا الحق. وذلك بعد إنذاره أصولاً. وقد جاء في اجتهاد لمحكمة النقض:

(1- إن عدم التزام المتعهد بشروط العقد بأن تأخر عن التنفيذ ووجود بند في العقد يعطي صاحب العمل

الحق بالتنفيذ على حساب المتعهد لا يكفيان لإعفاء صاحب العمل من إنذار المتعهدين قبل المباشرة بالتنفيذ باعتبار أن عدم الإنذار ينصرف إلى أن الدائن متسامح أو أنه لم يصبه ضرر من جراء التأخير.

2- إن حالة الاستعجال وإن كانت تجيز للدائن أن ينفذ الالتزام على نفقة المدين دون ترخيص من القضاء غير أن ذلك لا يعفيه من وجيبة الإنذار).¹¹²

وفي حال كان العقد خالياً من الشرط الذي يتيح لمالك العقار التنفيذ على حصة المقاول في حال تأخر المقاول عن تنفيذ البناء، فيحق لمالك العقار أن يطلب فسخ العقد. وهذا إضافة إلى أنه قد يتضمن العقد فقرة تلزم المقاول بدفع غرامة عن التأخير في حال حصوله ومقدار هذه الغرامة يحدده الفريقان في العقد، وقد يكون مبلغاً إجمالياً أو مبلغاً محدداً عن كل يوم أو شهر أو سنة، ولمالك العقار أن يطالب المقاول بغرامة التأخير حتى ولو

¹¹⁰ شنب. (1962). مرجع سابق. ف: 81. ص: 100.

¹¹¹ السنهوري. (2000). مرجع سابق. ف: 50. ص: 90. نقلاً شنب. (1962). مرجع سابق. ف: 83. ص: 102.

¹¹² طعمة، واستانبولي. (1997). مرجع سابق. (ج:6). قا: 2373. ص: 5341. نقض سوري رقم 976 أساس 668 تا 1982/5/12. سجلات محكمة النقض.

أكمل العمل بواسطة مقاولٍ ثانٍ على حساب المقاول الأول وله أن يطلب فسخ العقد المبرم بينه وبين المقاول. "وسواء طلب رب العمل التنفيذ العيني أو الفسخ، فإن له أن يطلب في الحالتين التعويض عما أصابه من الضرر من جراء إخلال المقاول بالتزامه"¹¹³.

ولما كان التزام التسليم التزاماً بتحقيق غاية، فإن مجرد عدم قيام المقاول بالتسليم يعد إخلالاً منه بالالتزام. ولا حاجة لأن يثبت رب العمل خطأ في جانب المقاول، فعدم التسليم ذاته هو الخطأ. ولا تنتفي مسؤولية المقاول إلا إذا أثبت السبب الأجنبي، أو إلا إذا أثبت أن العمل قد هلك أو تلف وأنه بذل في المحافظة عليه عناية الشخص المعتاد لأن التزامه بالمحافظة على العمل التزام ببذل عناية ويكفي لانتفاء المسؤولية فيه أن يثبت أنه قد قام بالتزامه من بذل عناية الشخص المعتاد"¹¹⁴.

وجاء في اجتهاد محكمة النقض: "1- إن التزام المقاول بتسليم العمل بعد إنجازه إلى رب العمل في الأصل يكون في محل المقاول ما لم يكن هناك اتفاق على غير ذلك. 2- إن تبعة تحمل الضرر وفق أحكام عقد المفاوضة يتحدد ويختلف على مقتضى ما إذا كان الضرر قد حصل بسبب حادث مفاجئ أو بخطاء المقاول أو بخطاء رب العمل. وإن فعل الغير هو أحد أوجه الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة."¹¹⁵

ووفقاً للمادة (631) من القانون المدني السوري¹¹⁶، فإنه إذا لم يسلم المقاول البناء لمالك العقار، ولم يعذر المقاول مالك العقار باستلام البناء. وهلك قبل التسليم بقوة القاهرة أو بسبب حادث مفاجئ استطاع أن يثبتته المقاول، عندها تنتفي المسؤولية عن المقاول. على أنه لا يستطيع المطالبة بأجره وكذلك بالنسبة للمواد المقدمة

¹¹³ قره. (1987). مرجع سابق. ص: 135.

¹¹⁴ شنب. (1962). مرجع سابق. ف: 87. ص: 104.

¹¹⁵ طعمة، وإستانبولي. (1997). مرجع سابق. (ج:6). قا: 2386. ص: 5427. قرار محكمة النقض رقم 2181 أساس 1725 تا 1982/11/15. سجلات محكمة النقض.

¹¹⁶ المادة (631): (1- إذا هلك الشيء بسبب حادث مفاجئ قبل تسليمه لرب العمل، فليس للمقاول أن يطالب لا بثمان عمله ولا برد نفقاته ويكون هلاك المادة على من قام بتوريدها من الطرفين. 2- أما إذا كان المقاول قد أعذر أن يسلم الشيء أو كان هلاك الشيء أو تلفه قبل التسليم راجعاً إلى خطئه، وجب عليه أن يعرض رب العمل عما يكون هذا قد ورده من مادة العمل. 3- فإذا كان رب العمل هو الذي أعذر أن يتسلم الشيء، أو كان هلاك الشيء أو تلفه راجعاً إلى خطأ منه أو عيب في المادة التي قام بتوريدها، كان هلاك المادة عليه وكان للمقاول الحق في الأجر وفي التعويض عند الاقتضاء). ويقابلها المادة (655) من القانون المدني المصري، والمادة (664) من القانون المدني الليبي، والمادة (887) من القانون المدني العراقي، والمادتين (671-672) من قانون الموجبات والعقود اللبناني.

للعمل فتهلك على صاحبها أيهما قدمها. وكذلك الحال فيما إذا أعذر مالك العقار المقاول بتسليمه البناء وهلك البناء في يد المقاول قبل تسليمه بخطأ منه فيتحمل كامل المسؤولية ويعوض مالك العقار عن المواد التي وردها للعمل وعن الضرر الذي أصابه، ولا يأخذ المقاول أجراً عن عمله ولا يسترد نفقاته.

أما في حال هلك البناء بعد التسليم أو بعد إعدار المقاول لمالك العقار بالتسليم، فيقع الهلاك على مالك العقار. وعليه أن يدفع للمقاول كامل أجره. ويستوي الأمر فيما إذا هلك البناء في يد المقاول قبل أن يسلمه للمالك بسبب خطأ مالك العقار بعدم دفع أجر المقاول، الأمر الذي يضطر المقاول فيه إلى حبس البناء وعدم تسليمه قبل استيفائه الأجر. وكذلك الحال فيما إذا كانت المواد التي وردها مالك العقار للمقاول معيبة فيهلك البناء على مالك العقار وحده ويوفي المقاول كامل حقه. "ما لم يكن المقاول قد علم أو ينبغي أن يعلم بالعيب وفقاً لأصول الصناعة ففي هذه الحالة لا يكون رب العمل مخطئاً ويتحمل المقاول التبعة وحده"¹¹⁷.

والسؤال الذي يطرح نفسه هو، في أي وقت تنتقل ملكية البناء إلى رب العمل؟..

لا تنتقل ملكية البناء لرب العمل وقت إبرام العقد، لأن البناء لم يكن مشاداً بعد حتى تنتقل ملكيته. ولا تنتقل بتسلم المقاول المواد اللازمة للبناء لأن رب العمل لا يطمح لملكية مواد أولية خام كانت بحوزته أصلاً بل لبناء متكامل. "ولكن هل معنى ذلك أنه متى وجد الشيء بتمام صنعه، وتعين بذاته، فإن ملكيته تنتقل إلى رب العمل، دون حاجة إلى إجراء آخر، وبصفة خاصة دون حاجة إلى أن يكون رب العمل قد عاين الشيء وقبله أو تسلمه؟"¹¹⁸ هذا ما يراه بعضهم على أساس أن القاعدة هي أن الملكية تنتقل بمجرد إبرام العقد متى وردت على شيء معين بالذات يملكه الملتزم، وفقاً للمادة (205) من القانون المدني السوري.¹¹⁹

كما قضت محكمة النقض الفرنسية بأنه إذا عهد إلى شخص آخر بصنع شيء مادي وفقاً لتصميم خاص، فإن ملكية هذا الشيء تنتقل إليه بمجرد أن يصبح في حالة يمكن معها تسليمه وتسلمه. ويذهب رأي آخر

¹¹⁷ شنب. (1962). مرجع سابق. ف: 90. ص: 107.

¹¹⁸ قره. (1987). مرجع سابق. ص: 142.

¹¹⁹ المادة (205): (الالتزام بنقل الملكية أو أي حق عيني آخر ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق، إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم، وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل)

في فرنسا إلى أن الذي يمنع من انتقال الملكية وقت العقد، ليس فقط عدم وجود الشيء في ذلك الوقت، بل هو إرادة الطرفين الضمنية التي اتجهت إلى تأخير نقل الملكية إلى حين تسلم الشيء، ولذلك فإن الملكية لا تنتقل إلا من وقت تسليم الشيء إلى رب العمل¹²⁰.

وفي مصر يرى بعض الفقه: أنه إذا كان من الممكن أن تنتقل الملكية إلى رب العمل ابتداء من انتهاء صنع الشيء، لوجوده في ذلك الوقت معيناً بذاته، فإن تقرير انتقال الملكية فعلاً في هذا الوقت لا يمكن أن يكون نهائياً، لأن رب العمل يستطيع أن يرفض الشيء إذا وجده غير مطابق للمواصفات المتفق عليها، ولا يسقط حقه هذا إلا إذا قام بمعاينة الشيء وقبله، ابتداء من هذا الوقت لا يستطيع أن يرفضه، وبالتالي يكون من الممكن أن تستقر لديه الملكية نهائياً، ولذلك فإنه يبدو أكثر اتفاقاً مع طبيعة عقد الاستصناع ومع الأحكام المترتبة عليه، أن تقرر أن الملكية فيه تنتقل من وقت قبول رب العمل وليس من وقت انتهاء صنع الشيء، ولكن متى تم هذا القبول انتقلت الملكية، ولو لم يتم تسليم الشيء، إذ لا يضيف هذا التسليم أمراً له قيمة فيما يتعلق بانتقال الملكية¹²¹.

رابعاً: التزامات: النصح، والأمن (أو السلامة)، والحيلة والرقابة:

وفي حديثنا عن عقد المقاولة مقابل نسبة من البناء فيجب على كل من المقاول والمهندس المعماري أن يبدي النصح لرب العمل فيما هو جاهل فيه غير داخل في علمه. وفي حال تنكر رب العمل للنصح المقدم له من المقاول وصرف النظر عنه، فيتحمل هو عندئذ مسؤولية الفعل الضار الواقع والمخاطرة التي يتعرض لها ويكون المقاول قد تحرر من مسؤوليته تجاه رب العمل فيما يخص هذا الموضوع بالذات. "على أن الاجتهاد يفرض أحياناً على المقاول أن يذهب حتى إلى رفض مشاركته عندما يكون العمل المطلوب مناقضاً بشكل جلي لقواعد الفن أو يولد مخاطر جسدية إما بالنسبة إلى الزبون (رب العمل) أو إلى الغير"¹²².

¹²⁰ قره. (1987). مرجع سابق. ص: 142.

¹²¹ قره. (1987). المرجع السابق. ص: 143. نقلاً عن شنب. (1962). مرجع سابق. ص: 114.

¹²² بينابنت. (2004). مرجع سابق. ف: 546. ص: 403.

وإن موجب الأمن (أو السلامة) يولي أهمية كبيرة في القانون الفرنسي حتى أنه يعده من النظام العام. فهذا الموجب، "لأنه يحمي السلامة الجسدية، هو من الانتظام العام: لا يمكن لأي بند أن يستبعده أو أن يخففه أو أن يحد من نتائجه"¹²³. ويمتد هذا الأمن إلى الأشياء الموضوعية تحت حراسة المقاول.

خامساً: ضمان العيوب الخفية:

وهو ما سنتحدث عنه حديثاً مفصلاً عند حديثنا عن الضمان في الفصل الثاني من هذا البحث، الصفحة (93).

المبحث الثاني: المقاولة من الباطن

لقد عالج القانون المدني السوري المقاولة من الباطن في المادتين (627) و(628).¹²⁴ "وقد عرفها القانون 31 كانون الأول لعام 1975 الفرنسي، في المادة الأولى منه، على أنها: (العملية التي بموجبها ينيط المقاول وعلى مسؤوليته بشخص آخر يسمى مقاولاً من الباطن تنفيذ عقد المقاولة أو الصفقة العامة المعقودة مع صاحب العمل المستقل كلياً أو جزئياً)"¹²⁵.

فالمقاولة من الباطن ليست نمطاً طبيعياً لتنفيذ العقد، غير أنه قد يلجأ إلى المقاولة من الباطن: عندما يكون العقد قد نص على ذلك، أو حين تكون طبيعة الأشغال وأهميتها تستدعيان هذا اللجوء إلى المقاولة من الباطن بالضرورة¹²⁶.

"فللمتعهد أن يتولى بنفسه القيام بجميع الأعمال، ولكنه قد يتعذر عليه ذلك عملياً، نظراً لما يتطلبه تنفيذ العمل من معارف واختصاصات فنية متعددة يعجز شخص واحد أو مؤسسة واحدة عن القيام بها وجمع أجزائها المختلفة

¹²³ بينابنت. (2004). المرجع السابق. ف: 547. ص: 404.

¹²⁴ المادة (627): (1- يجوز للمقاول أن يكل تنفيذ العمل جملة أو جزء منه إلى مقاول ثانوي إذا لم يمنعه من ذلك شرط في العقد أو لم تكن طبيعة العمل تقتضى الاعتماد على كفايته الشخصية. 2- ولكن يبقى في هذه الحالة مسؤولاً عن المقاول الثانوي قبل رب العمل). المادة (628): (1- يكون للمقاولين الثانويين وللعمال الذين يشتغلون لحساب المقاول في تنفيذ العمل، حق مطالبة رب العمل مباشرة بما لا يجاوز القدر الذي يكون مديناً به للمقاول الأصلي من وقت رفع الدعوى. ويكون لعمال المقاولين الثانويين مثل هذا الحق قبل كل من المقاول الأصلي ورب العمل. 2- ... 3-....).

ويقابل هاتين المادتين في التقنيات العربية الأخرى: المادة (661) في القانون المدني المصري، والمادة (660) من القانون المدني الليبي، والمادة (882) في القانون المدني العراقي، والمادتين (635-638/1) من قانون الموجبات والعقود اللبناني.

¹²⁵ هوييه. (2003). مرجع سابق. ف: 32322. ص: 1401.

¹²⁶ بينابنت. (2004). مرجع سابق. ف: 528. ص: 392. بتصرف.

والمتعددة في عمل واحد ومنظم يحقق الغاية الأساسية منه¹²⁷.

و"يلجأ المكاوإ إلى المكاولة من الباطن عادة في المكاولات الكبيرة حيث تتعدد الأعمال وتتشعب، فيعهد المكاوإ الأصلي لمكاولين من الباطن، إذا كان العمل بناء مثلاً، بالأعمال الصحية وبالنجارة وبالبلاط وبالبياض وبغير ذلك من الأعمال المختلفة التي تشتمل عليها المكاولة، ويقوم المكاوإ الأصلي بالتنسيق بين أعمال المكاولين من الباطن"¹²⁸.

ناهيك عن "أن ضخامة المشاريع الصناعية وتشعب التكنولوجيا، وانتشار التخصصات الدقيقة جعل من العسير على المتعهد أن ينفرد بتنفيذ المشروع من دون الاستعانة بغيره من المؤسسات المتخصصة"¹²⁹.

فالمكاوإ من الباطن يعمل بشكل مستقل عن المكاوإ الأصلي ولا يتبع له، وكذلك لا يمكن عده كالعامل الذي يعمل لحساب المكاوإ الأصلي وتابعاً له. فيجوز للمكاوإ الأصلي أن يقاوإ من الباطن في كل العمل الموكول له والمتفق عليه في عقد المكاولة أو في جزء منه. إلا أن ذلك يتوقف على شرط مانع، وهو ألا يكون العقد متضمناً شرطاً صريحاً يمنع المكاوإ من أن يكل أعماله على مكاوإ آخر، أو شرطاً ضمناً يمنعه من ذلك والمقصود به أن طبيعة العمل تعتمد على كفاءة هذا المكاوإ الشخصية دون سواه، والتي لولاها لما تعاقد رب العمل معه أصلاً. "والشرط المانع، سواء كان صريحاً أو ضمناً، لا يمنع المكاوإ من أن يستعين بأشخاص آخرين فنيين أو غير فنيين في إنجاز العمل، ما دام هؤلاء الأشخاص ليسوا مكاولين من الباطن بل كانوا مستخدمين عند المكاوإ بعقد عمل لا بعقد مكاولة"¹³⁰.

ويجوز لرب العمل أن يتنازل عن الشرط المانع صراحةً أو ضمناً كان يدفع الأجر للمكاوإ من الباطن بدلاً من المكاوإ الأصلي. وفي حال تنازله عن الشرط المانع لا يجوز التراجع عن هذا التنازل فيما بعد. وفي حال خالف المكاوإ الأصلي الشرط المانع، جاز لرب العمل أن يطلب إما إلزام المكاوإ الأصلي بالتنفيذ العيني أو بفسخ عقد المكاولة. مع حفظ حقه في طلب تعويض عن الضرر الذي قد لحق به جراء هذه المخالفة. وللمحكمة السلطة

¹²⁷ ناصيف. (2008). مرجع سابق. ص: 21.

¹²⁸ السنهاوري. (2000). مرجع سابق. ف: 119. ص: 212.

¹²⁹ ناصيف. (2008). مرجع سابق. ص: 79.

¹³⁰ قره. (1987). مرجع سابق. ص: 237.

التقديرية في إقرار الحل الأسلم. والمسؤولية في الحالتين تقع على عاتق المقاوّل الأصلي لا المقاوّل من الباطن لأنه هو الذي خالف عقد المقاولة الأصلي، وللمقاوّل من الباطن الحق في طلب تعويض من المقاوّل الأصلي عن الضرر الذي أصابه بسبب عدم التزام المقاوّل الأصلي بالتزاماته في عقد المقاولة من الباطن المبرم بينهما. وفي فرنسا لا يوجد نص صريح يبيح المقاولة من الباطن إذا لم يوجد شرط مانع، ولكن الرأي السائد هو الإباحة. وكانت هذه هي تقاليد القانون الفرنسي القديم. ولكن بعض الفقهاء في فرنسا لا يبيحون المقاولة من الباطن ولا التنازل عن المقاولة، والبعض لا يبيحه إلا إذا كان العمل يمكن تنفيذه بواسطة مقاوّل آخر ويعني هذا الإباحة إلا إذا كانت طبيعة العمل تمنع ذلك. ويرى أن إقامة بناء على أساس تصميم معين عمل لا يمكن تنفيذه بواسطة مقاوّل آخر¹³¹.

ويترتب على عقد المقاولة من الباطن ثلاثة أنواع من العلاقات التي تربط بين أطرافها والتي سأبينها في المطالب الثلاثة التالية بالترتيب التالي:

المطلب الأول: علاقة المقاوّل الأصلي بالمقاوّل من الباطن.

المطلب الثاني: علاقة المقاوّل الأصلي برب العمل.

المطلب الثالث: علاقة رب العمل بالمقاوّل من الباطن.

المطلب الأول: علاقة المقاوّل الأصلي بالمقاوّل من الباطن

علاقة المقاوّل الأصلي بالمقاوّل من الباطن، كعلاقة رب العمل بالمقاوّل الأصلي. والتزامات المقاوّل الأصلي

حيال المقاوّل من الباطن هي التزامات رب العمل ذاتها حيال المقاوّل الأصلي.

فيلتزم المقاوّل الأصلي بتمكين المقاوّل من الباطن من إنجاز العمل، وتسلم العمل منه بعد إنجازه، وبدفع الأجر

المنفق عليه في عقد المقاولة من الباطن.

فعليه أن يسهل عمل المقاوّل من الباطن ويقدم له كل ما يحتاجه في الوقت المناسب، وكذلك عليه أن ينسق

¹³¹ السنهوري. (2000). مرجع سابق. ف: 118. ص: 210. هامش: 1.

الأعمال ما بين عماله والمقاول من الباطن، أو ما بين المقاولين من الباطن المتعديدين. وفي حال أخلَّ المقاول الأصلي بالتزاماته حياله، جاز له أن يطلب التنفيذ عيناً ولو عن طريق التهديد المالي، أو فسخ عقد المقاولة من الباطن مع التعويض في الحالتين إن كان له مقتضى.

ويجب على المقاول الأصلي أن يتسلم العمل منه بعد إعداره، فيعين البناء في أقرب وقت ممكن ويتسلمه منه أصولاً، وله أن يمتنع عن التسلم في حال كان المقاول من الباطن قد خالف الشروط المتفق عليها في عقد المقاولة من الباطن أو أصول المهنة.

ويلتزم بدفع الأجر للمقاول من الباطن المتفق عليه في عقد المقاولة من الباطن، حسب ما إذا كان الأجر إجمالياً جزافياً أو بمقتضى مقايضة على أساس الوحدة. وتطبق أحكام دفع الأجر التي تحدثنا عنها سابقاً في العلاقة بين رب العمل و المقاول الأصلي على العلاقة في دفع الأجر بين المقاول الأصلي والمقاول من الباطن. والمدين بالأجر هو المقاول الأصلي وورثته من بعده، دون رب العمل بالرغم من أنه هو الذي انتفع بالعمل. علماً أنه يحق للمقاول من الباطن أن يرجع على رب العمل مباشرة بمقدار ما هو مستحق في ذمته للمقاول الأصلي. والدائن بالأجر هو المقاول من الباطن وورثته من بعده.

وفي حال أخل المقاول الأصلي بالتزامه بدفع الأجر، فيحق للمقاول من الباطن أن يطلب إما التنفيذ العيني أو فسخ عقد المقاولة من الباطن مع طلب التعويض في الحالتين إن كان له مقتضى. وله أن يحبس العمل حتى يستوفي الأجر (أن لا يسلمه البناء).

ويلتزم بالمقابل المقاول من الباطن حيال المقاول الأصلي بكل التزامات المقاول نحو رب العمل والتي هي إنجاز العمل وفقاً للشروط المتفق عليها في عقد المقاولة من الباطن، وتسليمه البناء بعد إنجازه، وضمانه بعد التسليم. وتكون أجور العمال والمعاونين الذين يحتاجهم المقاول من الباطن في إنجاز العمل المكلف به على نفقته هو ما لم يقتض الاتفاق أو العرف غير ذلك.

ويلتزم المقاول من الباطن حيال المقاول الأصلي في إنجازه للعمل المطلوب منه عندما يكون مكلفاً هو بتقديم المادة للعمل، أن يلتزم بالشروط والمواصفات والجودة المتفق عليها، وهو ضامن للعيوب الخفية التي توجد في

المادة التي يقدمها حتى ولو لم يكن عالماً بها. وفي حال كان المقاول الأصلي هو الذي قدم المادة فعليه أن يحرص عليها ويراعي أصول الفن في استخدامها ويرد ما بقي منها بعد الانتهاء من العمل. وعليه أن يسلم البناء للمقاول الأصلي أو الجزء المطلوب منه إنجازه في عقد المقاولة من الباطن في المدة المتفق عليها في عقد المقاولة من الباطن أو عدا ذلك في المدة المعقولة التي تسمح بإنجازه وفقاً لعرف الحرفة. وفي حال أخلَّ المقاول من الباطن بالتزاماته، جاز للمقاول الأصلي أن يطلب إما التنفيذ العيني أو فسخ عقد المقاولة من الباطن، مع طلب التعويض في الحالتين إذا كان له مقتضى. وإن جميع ما ذكرناه سابقاً في التزامات المقاول الأصلي حيال رب العمل تنطبق ههنا على العلاقة بين المقاول الأصلي والمقاول من الباطن.

أما عن ضمان المقاول من الباطن لعيوب البناء، وقد قدمنا أنه في العلاقة التي نحن بصددتها بين المقاول الأصلي والمقاول من الباطن لا تسري المادة 651 مدني [المصري]، وهي التي تجعل المقاول ضامناً لما يحدث خلال عشر سنوات من تهدم في المباني أو المنشآت الثابتة الأخرى ولجميع ما يوجد في المباني والمنشآت من عيوب يترتب عليها تهديد متانة البناء وسلامته. بل يكون المقاول من الباطن ضامناً لعيوب البناء والمنشآت الثابتة الأخرى في حدود القواعد العامة، ومن ثم ينتهي التزام المقاول من الباطن بالضمان بمجرد أن يتسلم المقاول الأصلي العمل مع تمكنه من فحصه وكشف ما به من عيوب. فإذا ظهرت عيوب خفية بعد ذلك، لا يكون المقاول من الباطن مسؤولاً إلا بالقدر وإلى المدة التي يقضي بها عرف الحرفة، لا إلى مدة عشر سنوات كما هي الحال في العلاقة ما بين رب العمل والمقاول الأصلي. وقد قدمنا أن السبب في ذلك هو أن المقاول الأصلي من أهل الخبرة والفن، فلا يوجد مقتضى لحمايته حماية مشددة بإيجاب ضمان على المقاول من الباطن مدة عشر سنوات، ويكفي في حماية المقاول الأصلي الرجوع إلى القواعد العامة ففيها حماية كافية له¹³². أضف

¹³² قوه. (1987)، مرجع سابق، ص: 246.

إلى أن "البناء الذي يقام لا يكون لحسابه هو، بل لحساب من تعاقد معه، وبالتالي لا يستطيع الرجوع بهذا الضمان على المفاوض من الباطن".¹³³

المطلب الثاني: علاقة المفاوض الأصلي برب العمل

وقد سبق وأشرنا إلى علاقة رب العمل بالمفاوض الأصلي في حديثنا عن التزامات طرفي العقد في المطلب الثاني من المبحث الأول في الصفحة (31).

المطلب الثالث: علاقة رب العمل بالمفاوض من الباطن

إن العلاقة بين رب العمل والمفاوض من الباطن علاقة غير مباشرة، فلا يربطهما أي تعاقد. فالتعاقد إنما تم بين رب العمل والمفاوض الأصلي في عقد المفاوضة، وبين المفاوض الأصلي والمفاوض من الباطن في عقد المفاوضة من الباطن. إذ أنه يتوسطهما المفاوض الأصلي.

وهذا ما لم يقبل رب العمل المفاوض من الباطن صراحةً أو ضمناً، فيحل بهذه الحال محل المفاوض الأصلي في حقوقه والتزاماته وبالتالي تتحول المفاوضة من الباطن إلى تنازل عن المفاوضة.

وفي العودة إلى البداية، فإن رب العمل لا يستطيع أن يطالب المفاوض من الباطن مباشرة بالتزاماته المتفق عليها في عقد المفاوضة من الباطن مع المفاوض الأصلي. وإنما يستطيع أن يطالبه بالتزاماته في حالة واحدة، بدعوى غير مباشرة يرفعها رب العمل على المفاوض من الباطن باسم مدينه المفاوض الأصلي.

"وكان يمكن التفكير، منهجياً، في أنه ينبغي أن تقوم علاقة مباشرة تتيح لصاحب العمل المستقل مقاضاة المفاوض من الباطن وطلب التعويض عن تنفيذ العقد الذي أبرمه، كما هي الحال في مادة الوكالة حيث يكون الموكل حائزاً حقاً شخصياً ضد الوكيل من الباطن. غير أن الاجتهاد حكم في اتجاه معاكس: قرر أن المفاوضة من الباطن ليس لها مفعول إنشاء رباط عقدي بين صاحب العمل المستقل والمفاوض من الباطن".¹³⁴

وبالمقابل لا يستطيع المفاوض من الباطن أن يطالب رب العمل بالتزاماته حيال المفاوض الأصلي مباشرة. إنما

¹³³ الأحمدي. (2022). مرجع سابق ص: 76.

¹³⁴ هوييه. (2003). مرجع سابق. ف: 32325. ص: 1405.

يستطيع ذلك أيضاً عن طريق دعوى غير مباشرة يرفعها على رب العمل باسم المقاول الأصلي، يستعمل فيها حق مدينه المقاول الأصلي تجاه رب العمل.

إلا أنه ورد استثناء فيما يخص المطالبة بالأجر .. حيث يجوز لكل من المقاول من الباطن وعماله وعمال المقاول الأصلي أن يطالبوا رب العمل بالأجر مباشرة. وفقاً لنص المادة (628) من القانون المدني السوري¹³⁵.
وحسناً ما ذهب إليه المشرع في هذه الدعوى المباشرة، فحمى المقاول من الباطن من دائني المقاول الأصلي الذين يمكن أن يزاحموه في الحق المستحق للمقاول الأصلي في ذمة رب العمل وبالتالي يقاسموه عليه قسمة الغرماء في الدعوى غير المباشرة.

وأعطى كذلك هذه الحماية إلى كل من عمال المقاول من الباطن وعمال المقاول الأصلي، فجميعهم يحق لهم رفع الدعوى المباشرة على رب العمل. ولهم حق الامتياز الذي يجنبهم مزاحمة دائني المقاول الأصلي.
"أما المقاولون من الباطن والعمال فيتزاحمون فيما بينهم، فلو تعدد هؤلاء ورفعوا جميعاً الدعوى المباشرة ولم يكن ما في ذمة رب العمل للمقاول الأصلي يفي بجميع حقوقهم، قسموا ما يحصلون عليه من رب العمل قسمة الغرماء فيما بينهم، كل بنسبة حقه. ويستوي في ذلك أن يتزاحم المقاولون من الباطن، أو هم وعمال المقاول، أو هؤلاء جميعاً ومعهم عمال المقاولين من الباطن"¹³⁶.

فالعامل الذي يعمل عند المقاول مرتبطاً بعقد عمل يكون طرفاً في المطالبة، سواء قام المقاول بالعمل كله بنفسه أو قاوّل على بعضه من الباطن. ففي جميع الأحوال يستطيع عامل المقاول أن يرجع _ في حدود الأجر المستحق له وكل حق آخر له في ذمة المقاول بموجب عقد العمل _ على رب العمل بما هو مستحق في ذمة هذا الأخير للمقاول بموجب عقد المقاولة وقت رفع الدعوى المباشرة من العامل على رب العمل. والعامل

¹³⁵ المادة (628): (1- يكون للمقاولين الثانويين وللعمال الذين يشتغلون لحساب المقاول في تنفيذ العمل، حق مطالبة رب العمل مباشرة بما لا يجاوز القدر الذي يكون مديناً به للمقاول الأصلي من وقت رفع الدعوى. ويكون لعمال المقاولين الثانويين مثل هذا الحق قبل كل من المقاول الأصلي ورب العمل. 2- ولهم في حالة إلقاء الحجز من أحدهم تحت يد رب العمل أو المقاول الأصلي امتياز على المبالغ المستحقة للمقاول الأصلي أو للمقاول الثانوي وقت إلقاء الحجز، ويكون الامتياز لكل منهم بنسبة حقه، ويجوز أداء هذه المبالغ إليهم مباشرة. 3- وحقوق المقاولين الثانويين والعمل المقررة بمقتضى هذه المادة مقدمة على حقوق من يتنازل له المقاول عن دينه قبل رب العمل).

¹³⁶ السنهوري. (2000). مرجع سابق. ف: 132. ص: 232. هامش: 1.

الذي يعمل عند المقاول من الباطن مرتبطاً بعقد عمل يكون طرفاً في المطالبة، ويرجع في حدود ما هو مستحق له في ذمة المقاول من الباطن بموجب عقد العمل¹³⁷.

وليس لموردي المقاول الأصلي دعوى مباشرة على رب العمل بأثمان ما وردوه للمقاول الأصلي ولا حق امتياز، ولكن يجوز في دفتر الشروط مثلاً، أن يكفل رب العمل المقاول في الديون التي تنشأ في ذمة هذا الأخير للموردين، ويكون هذا الشرط كفالة للمقاول لصالح دائنين معينين. ومن جهة أخرى لا يجوز لرب العمل أن يشترط على المقاول الأصلي ألا يرجع المقاول من الباطن أو العمال عليه بدعوى مباشرة، فإن هذا الاتفاق المعقود ما بين رب العمل والمقاول لا يمس حقوق المقاول من الباطن والعمال إذ هم ليسوا طرفاً فيه، وقد استمدوا حقوقهم من القانون¹³⁸.

"أما إذا كان المقاول من الباطن قد قال هو أيضاً بدوره من الباطن، فالمقاول من الباطن الثاني يرجع بالدعوى المباشرة على المقاول الأصلي باعتباره رب عمل للمقاول من الباطن الأول. ولكنه لا يرجع بالدعوى المباشرة على رب العمل"¹³⁹.

فالمادة (628) من القانون المدني السوري سألقة الذكر، لم تنص على المقاول من الباطن الثاني، ولم يشملها الاستثناء الذي أعطته لكل من المقاول من الباطن وعماله وعمال المقاول الأصلي. وبالتالي فإن عمال المقاول من الباطن الثاني يرجعون بالدعوى المباشرة على كل من المقاول من الباطن الأول وعلى المقاول الأصلي فقط ولا يرجعون على رب العمل.

النتائج التي تترتب على الدعوى المباشرة وحق الامتياز:

قبل رفع الدعوى المباشرة من المقاول من الباطن أو عامل المقاول على رب العمل ليرجعوا عليه بما هو مستحق في ذمته للمقاول الأصلي وقت رفع الدعوى، وقبل إنذار رب العمل بالوفاء. يجوز للمقاول الأصلي أن يتصرف في حقه المترتب في ذمة رب العمل بجميع أنواع التصرفات. "يستطيع المقاول الأصلي أن يستوفي هذا الحق من

¹³⁷ قره. (1987). مرجع سابق. ص: 254.

¹³⁸ السنهوري. (2000). مرجع سابق. ف: 131. ص: 229. هامش: 1. بتصرف.

¹³⁹ قره. (1987). مرجع سابق. ص: 255.

رب العمل كله أو بعضه، ويكون هذا الوفاء سارياً في حق المقاول من الباطن أو العامل، ولو كانت المخالصة غير ثابتة التاريخ¹⁴⁰.

ويكون الوفاء سارياً في حق المقاول من الباطن أو العامل حتى لو كان وفاء بأقساط معجلة قبل مواعيد استحقاقها ما لم يكن هناك غش. وكذلك يكون الحجز الموقع من دائن المقاول الأصلي تحت يد رب العمل سارياً في حق المقاول من الباطن أو العامل إذا كان قد حكم بصحة هذا الحجز قبل إنذار رب العمل بالوفاء. ولكن قضي بأن الحجز تحت يد رب العمل لا يمنعه من أن يسدد اجر المقاول من الباطن وأجر العمال حتى يقوموا بإنجاز العمل، إلا إذا فعل رب العمل ذلك غشاً إضراراً بحق الدائن الحاجز. ويكفي أن ينذر المقاول من الباطن أو العامل رب العمل بالوفاء حتى يغل يد المقاول الأصلي، وليس من الضروري أن يسبق ذلك حجز تحت يد رب العمل¹⁴¹.

"وتقع المقاصة بين ما للمقاول الأصلي في ذمة رب العمل وما عليه له، إذا كان ذلك سابقاً على تاريخ الإنذار بالوفاء. ويستطيع المقاول الأصلي كذلك أن يبرئ ذمة رب العمل، ما دام الإبراء يكون صادراً قبل الإنذار بالوفاء"¹⁴². "فبإمكان رب العمل" الاحتجاج ضد المقاول من الباطن بجميع الدفوع التي يستطيع الاحتجاج بها ضد المقاول الأصلي، كالمدفوعات التي سبق أن تمت أو المقاصة مع العقوبات أو التعويضات المتوجبة له على المقاول الأصلي¹⁴³.

ويستطيع رب العمل أن يجنب عمال المقاول من الباطن كل هذه الدفوع لو أنه، في دفتر الشروط مثلاً، اشترط لمصلحة هؤلاء العمال على المقاول الأصلي أن يدفع هذا الأخير لهم أجورهم. فيكون هناك اشتراط لمصلحة الغير، بموجبه يرجع عمال المقاول من الباطن على المقاول الأصلي مباشرةً بأجورهم، ولا يستطيع المقاول الأصلي أن يحتج عليهم بأنه سبق أن وفى المقاول من الباطن كل ما يستحقه ولو كان هذا الوفاء قد وقع

¹⁴⁰ قره. (1987). المرجع السابق. ص: 255. نقلاً عن شنب. (1962). مرجع سابق. ص: 159.

¹⁴¹ السنهاوري. (2000). مرجع سابق. ف: 132. ص: 230. هامش: 2. بتصرف.

¹⁴² قره. (1987). مرجع سابق. ص: 255.

¹⁴³ بينابنت، (2004). مرجع سابق. ف: 617. ص: 457.

قبل رفع العمال الدعوى المباشرة على المقاول الأصلي. كذلك لا يستطيع المقاول الأصلي أن يحتج على العمال بحجز وقعه دائنو المقاول من الباطن تحت يده أو بمقاصة وقعت، حتى لو كان الحكم بصحة الحجز أو وقوع المقاصة قد حصل قبل رفع الدعوى المباشرة. ولكن يجب أن يكون معنى الاشتراط لمصلحة الغير واضحاً، فلا يكفي أن يشترط رب العمل أن يدفع المقاول من الباطن لعماله أجورهم بانتظام¹⁴⁴.

لا يشترط في رجوع المقاول من الباطن أو العامل على رب العمل في الدعوى المباشرة أن يرجع أولاً على المقاول الأصلي، أو أن يكون المقاول الأصلي معسراً ليقوموا بالدعوى مباشرة على رب العمل. إلا أنه يشترط أن يندروا رب العمل بالوفاء قبل رفع الدعوى المباشرة عليه. وعليه فيجب على المقاول الأصلي ألا يتصرف في حقه من وقت الإنذار بالوفاء، وإن فعل فيكون هذا التصرف غير سارٍ في حق المقاول من الباطن أو العامل.

وفي حال استوفى المقاول الأصلي حقه من رب العمل فإن هذا الوفاء لا يسري أيضاً في حق المقاول من الباطن أو العامل، بل لهم أن يرجعوا على رب العمل بأجورهم كلها في حدود ما لهم في ذمة المقاول الأصلي، ويرجع بدوره رب العمل على المقاول الأصلي بما دفعه للمقاول من الباطن أو العامل.

"وكذلك لا تجوز المقاصة بين حق المقاول الأصلي في ذمة رب العمل ودين في ذمته له من وقت رفع الدعوى المباشرة. ومن ذلك الوقت أيضاً لا يجوز للمقاول الأصلي إبراء رب العمل"¹⁴⁵.

كذلك يستطيع المقاول من الباطن أو العامل أن يتجنب مزاحمة دائني المقاول الأصلي في حال أوقع حجزاً تحت يد رب العمل على ما في ذمة هذا الأخير للمقاول الأصلي وقت توقيع الحجز. وإن "حق الامتياز موجود بحكم القانون، فالحجز لا يوجد، ولكن فائدة الحجز هي في تحديد محل الامتياز"¹⁴⁶.

"ويتقاضى المقاول من الباطن أو العامل حقه الممتاز من المبالغ التي في ذمة رب العمل للمقاول الأصلي وقت

¹⁴⁴ السنهوري. (2000). مرجع سابق. ف: 132. ص: 230. هامش: 3.

¹⁴⁵ السنهوري. (2000). المرجع السابق. ف: 132. ص: 231.

¹⁴⁶ السنهوري. (2000). المرجع السابق. ف: 132. ص: 232. هامش: 3. نقلاً عن شنب. (1962). مرجع سابق. ف: 134. ص: 159.

توقيع الحجز، متقدماً على سائر دائني المقاول الأصلي فلا يستطيع هؤلاء أن يزاحموه. ويكون الامتياز لكل منهم بنسبة حقه. ويجوز أداء هذه المبالغ إليهم مباشرة.¹⁴⁷

أما في حالة حوالة الحق التي يقوم بها المقاول الأصلي حين يتنازل عن حقه في ذمة رب العمل للغير عن طريق حوالة الحق، فقد حمى المشرع السوري المقاول من الباطن أو (المقاولين الثانويين) أو العامل، بأن لا تسري هذه الحوالة في حقهم ولو كان نفاذها سابقاً على الإنذار بالوفاء أو على توقيع الحجز (وفقاً للمادة 3/628). وهو ما تتفق عليه معظم التقنيات العربية. حتى في القانون الفرنسي، "المادة 1/13 في قانون 1975 تنص على أن المقاول لا يستطيع التنازل عن الديون الناجمة عن العقد المبرم مع صاحب العمل المستقل [رب العمل] أو رهنها إلا بما يعادل المبالغ المستحقة له عن الأشغال التي أنجزها شخصياً. ولا يستعيد حريته في تداول دين الصفة بكامله إلا بشرط كفالة شخصية وتضامنية"¹⁴⁸. حيث يقدم حق المقاول من الباطن أو العامل على حق المحال له حتى ولو كانت الحوالة سابقة على الحجز. وفيما يخص طريقة أداء الدفع المباشر للمقاول من الباطن. فقد ميز القانون الفرنسي فيما أن يكون رب العمل شخصاً عمومياً، وبين أن يكون شخصاً خاصاً..

- فإذا كان صاحب العمل المستقل [رب العمل] شخصاً عمومياً فالحل الأكثر جذرية لتأمين الدفع للمقاول من الباطن هو النص، منذ الأساس، على أن صاحب العمل هو الذي يدفع له مباشرة باقتطاع المبالغ الضرورية من المغلف العام للصفقة الرئيسية.
- غير أن هذا الحل ثقيل من ناحية الإدارة الحسابية بالنسبة إلى صاحب العمل المستقل: يجد نفسه مكراً على القيام بالتوزيعات الضرورية للكلفة الإجمالية وعليه، فوق ذلك، قبل أن يدفع لكل مقاول من الباطن، أخذ موافقة المقاول الأصلي على التنفيذ الصحيح للأشغال في شكل مقابلة من الباطن. كما أن قانون عام 1975 اختار أن لا يفرض هذه الإكراهات إلا على الأشخاص العموميين والمؤسسات العمومية.

¹⁴⁷ السنهوري. (2000). المرجع السابق. ف: 132. ص: 232. بتصرف.

¹⁴⁸ هوييه. (2003). مرجع سابق. ف: 32341. ص: 1415.

ويطبق إجراء الدفع المباشر ما أن يكون هذا الشخص "عمومياً" مما يضم الأشخاص المعنويين الخاضعين للقانون الخاص ما دام أنهم في أغليتهم رؤوس أموال عمومية. مما جعل الحقل ممتداً إلى حد كبير عند التأميمات في عام 1982¹⁴⁹.

- وأما عندما يكون صاحب العمل المستقل [رب العمل] شخصاً خاصاً لا يفرض القانون الإجراء السابق للدفع المباشر ذلك بأن المقاول من الباطن، في أغلب الحالات، يكون مضموناً بما فيه الكفاية بالطريق الطبيعي للدعوى التعاقدية ضد المقاول الأصلي والكفيل. على أنه نص، بصفة استطرادية، على إمكانية دعوى مباشرة لصالح المقاول من الباطن. والحال أن تخلف المؤسسات الأصلية، إضافة إلى الغياب المتواتر للكفالة، أعطى هذه الدعوى المباشرة _ (التي يجب أن لا تكون سوى استطرادية استثنائية) _ مدى عملياً ضخماً جعلت منها مقر منازعات قضائية رئيسياً¹⁵⁰.

المبحث الثالث: مقارنة عقد المقاولة مقابل نسبة من البناء مع بعض العقود الأخرى

يتشابه عقد المقاولة مع بعض العقود المدنية إلى حد كبير ويختلف عنهم كذلك في نقاط أخرى تميزه عنهم. وأكثر العقود التي تقارب عقد المقاولة (عقد البيع، عقد العمل، عقد الوكالة، عقد الشراكة، الوديعة، عقد الإيجار، الأشغال العامة).

المطلب الأول: التمييز بين عقد المقاولة وعقد البيع

هناك من يعد عقد المقاولة مقابل نسبة من البناء عقد بيع، وهذا الأمر يحمل في طياته جزءاً يسيراً من الحقيقة لذا لا بد من إلقاء الضوء على نقاط التشابه والاختلاف بين عقدي المقاولة والبيع، نميز ما يلي:

أولاً: في عقد المقاولة يجوز لرب العمل أن يتحلل من العقد في أي وقت يريد، أما في عقد البيع فلا يستطيع التحلل من العقد لا هو ولا المشتري كلاً بإرادته المنفردة.

¹⁴⁹ بينابنت. (2004). مرجع سابق. ف: 616. ص: 455. بتصرف.

¹⁵⁰ بينابنت. (2004). المرجع السابق. ف: 617. ص: 455.

ثانياً: في عقد البيع يقع باطلاً إذا لم يتفق المتعاقدان على الثمن، أما في المقاولة لا يبطل العقد إن لم ينص على أجر متفق عليه ويحدد لاحقاً وفقاً لقيمة العمل ونفقات المقاول.

ثالثاً: للبائع حق امتياز على المبيع، أما في المقاولة فلا امتياز للمقاول إلا في حالة عقدنا هذا (عقد المقاولة مقابل نسبة من البناء) سواء كان العمل إشادة بناء أو ترميمه أو صيانته.

رابعاً: في عقد البيع تسري الفوائد على الثمن من يوم إعدار المشتري بدفع الثمن في حال تمنعه، أما في المقاولة يستحق المقاول فوائد على أجره المستحق من يوم المطالبة القضائية به.

الأصل أن محل المقاولة هو العمل ومحل البيع هو الملكية. إلا أنه قد تشتبه الأمور بين العقدين ويصعب تمييزهما...

لا خلاف على أن العقد يبقى عقد مقاولة فيما لو قدم المقاول عمله فقط وقدم رب العمل المادة التي يحتاجها المقاول في البناء، إلا أنه يقع الخلاف أي العقدين يطبق في حال قدم المقاول العمل والمادة معاً، فهل يبقى العقد عقد مقاولة أم أنه يكون عقد بيع واقع على شيء مستقبلي؟...
تعددت الآراء في هذه المسألة.. وسأبين أهمها:

1- العقد مقاولة دائماً والمادة ليست إلا تابعة للعمل، "إذ أن تملك رب العمل للشيء الذي صنعه المقاول

ليس إلا نتيجة ضرورية لازمة لكون المقاول يقوم بالصنع لحساب رب العمل، والعقود الواردة على

الملكية لا تقتصر على البيع فهناك الشركة والقرض والدخل الدائم والصلح، وكذلك المقاولة إذا اتخذت

صورة الاستصناع بأن كان محلها صنع شيء من مواد يقدمها المقاول"¹⁵¹.

"ويرى بعض الفقه في مصر أن هذا الرأي هو الجدير بالاتباع ويتفق مع مسلك التقنين المدني"¹⁵² وفقاً

للمواد (646- 647) من القانون المدني المصري.

"ويلاحظ في هذا الشأن أن المشرع المصري في هذين التقنينين لم يورد نصاً مقابلاً لنص المادة 1711

¹⁵¹ شنب. (1962). مرجع سابق. ف: 15.

¹⁵² شنب. (1962). المرجع السابق. ص: 22.

من القانون المدني الفرنسي الذي يقرر أن المقاولة تعتبر إيجاباً إذا كان رب العمل هو الذي يقدم المواد، وهو النص الذي استخلص منه البعض بطريق مفهوم المخالفة أن العقد يكون بيعاً إذا كان المقاول هو الذي يقدم المواد اللازمة للعمل¹⁵³. "وقد تبنى الاجتهاد [الفرنسي] كذلك هذه الطريقة في التفكير من خلال قرارات عديدة."¹⁵⁴

فالقول أن المقاولة تنقل ملكية الشيء المصنوع إلى رب العمل مع بقائها مقبولة يجعل للمقاولة طبيعة أخرى تختلف تماماً عن طبيعتها باعتبارها عقداً يرد على العمل. وهي إذا وردت على الملكية فنقلتها فذلك إنما يكون إما لأنها اندمجت في عقد آخر أو اختلطت بعقد آخر. ولا يوجد ما يمنع من أن تختلط المقاولة بعقد آخر هو الذي يقع على المادة دون العمل ويصح القول مع ذلك إن المقاول هو الذي قدم المادة، ويكون له بذلك دوران، دور البائع الذي قدم المادة، ودور المقاول الذي قدم العمل¹⁵⁵.

2- العقد هو بيع شيء مستقبلي. وهذا الرأي يستبعد أن المقاول في الأصل تعاقد على عمل والمادة جاءت تابعة للعمل لإمكانية الحصول على النتيجة.

3- إن العقد يكون مقبولة أو بيعاً بحسب نسبة قيمة المادة إلى قيمة العمل. فإن كانت قيمة العمل تفوق كثيراً قيمة المادة، فالعقد مقبولة. أما إذا كانت قيمة المادة تفوق كثيراً قيمة العمل، فالعقد بيع.

وهذا ما نصت عليه المادة (2/658) من تقنين الموجبات والعقود اللبناني (على أنه إذا كانت المواد التي يقدمها الصانع هي الموضوع الأصلي في العقد ولم يكن العمل إلا فرعاً، كان هناك بيع لا استصناع). أما المقاول الذي يتعهد بإقامة مبنى، فإن كانت الأرض التي يقيم عليها المبنى ملكاً لرب العمل كما هو الغالب فالعقد مقبولة أي كانت قيمة مواد البناء بالنسبة إلى قيمة العمل، وإن كانت الأرض ملكاً للمقاول

¹⁵³ قره. (1987). مرجع سابق. ص: 28.

¹⁵⁴ مرشحة، محمود، وسلطان، فارس. (1990). القانون المدني (العقود المسماة). دمشق: سورية. مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية لطلاب

السنة الثالثة. مطبعة ابن خلدون. ص: 206.

¹⁵⁵ السنهوري. (2000). مرجع سابق. ف: 6. ص: 24-25. بتصرف.

فالعقد بيع الأرض في حالتها المستقبلية أي بعد أن يقام عليها المبنى¹⁵⁶.

"فالأرض هي التي كانت تعتبر مبدئياً أنها الأصلية: بما أن العقد كان موضوعه تشييد بناء على أرض صاحب العمل هو مالكة فإن هذا العقد كان دائماً إجارة عمل (مقاولة)، حتى ولو قدّم المقاول المعدات: تصبح هذه المعدات ملكية صاحب العمل عن طريق الالتصاق تدريجياً حسب اندماجها بالأرض"¹⁵⁷. فإذا ما "تعلقت المقاولة بإشادة بناء على أرض يملكها رب العمل، لا نستطيع أن نقول بأن الأرض هنا هي مادة المقاولة، إذ أن البيع عقد الهدف منه نقل ملكية شيء، وغالباً ما تكون الفائدة من التمييز ما بين البيع والمقاولة ليس هدفها استبعاد عقد على حساب آخر، بل التوفيق ما بين العقدين، حين نكون أمام عقد مختلط يتم تحليله فيظهر لدينا عقدان مختلفان، عقد بيع وعقد مقاولة يجتمعان في عملية اقتصادية واحدة"¹⁵⁸.

ونجد أن عقد المقاولة يختلط مع عقد البيع إذا ذكر أن العقد مقابل نسبة من البناء. "ويجب هنا أن نستبعد رأياً يقول بأن الاستصناع يكون عقد مقاولة ابتداءً وعقد بيع انتهاءً، فهو مقاولة قبل أن يتم صنع الشيء فإذا ما تم صنعه وسلم إلى رب العمل انقلب بيعاً. فالعقد لا تتغير طبيعته بمجرد تنفيذه، وطبيعة العقد إنما تتحدد وقت انعقاده. فإذا ما تحددت بقيت دون تغيير قبل التنفيذ وبعده"¹⁵⁹. "ولكن كثيراً ما يقع أن تكون للمادة قيمة محسوسة إلى جانب قيمة العمل، حتى لو كانت أقل قيمة منه، ويصبح العقد في هذه الحالة مزيجاً من بيع ومقاولة، سواء كانت قيمة المادة أكبر من قيمة العمل أو أصغر، ويقع البيع على المادة وتسري أحكامه فيما يتعلق بها، وتقع المقاولة على العمل وتنطبق أحكامها عليه"¹⁶⁰. "وهناك رأي يذهب إلى أن الاستصناع ليس مقاولة ولا بيعاً، بل هو عقد غير مسمى (دافيد في عقد الاستصناع رسالة من باريس سنة 1937) ولا مانع من القول بأن هناك عقداً له مقومات تميزه عن غيره هو عقد

¹⁵⁶ السنهوري. (2000). المرجع السابق. ف: 6. ص: 26. هامش: 3.

¹⁵⁷ بينابنت. (2004). مرجع سابق. ف: 483. ص: 368.

¹⁵⁸ مرشحة، وفارس. (1990). مرجع سابق. ص: 207.

¹⁵⁹ السنهوري. (2000). مرجع سابق. ف: 6. ص: 26. هامش: 3.

¹⁶⁰ السنهوري. (2000). المرجع السابق. ف: 6. ص: 27. بتصرف.

الاستصناع، ولكن ذلك لا يعني أنه عقد غير مسمى، فاسمه معروف. وهو "عقد الاستصناع"، ولا يمنع من أن يكون عقد الاستصناع هذا ليس إلا مزيجاً من البيع، والمقاوله.¹⁶¹

فنقل الملكية هو أثر لازم لنتيجة العمل وبالتالي هو أثرٌ حكميٌّ من آثار العمل الذي قام به المقاول وليست ركناً جوهرياً في العمل ذاته المراد إتمام نتيجته لكون المقاول أصلاً يقوم بالصنع لحساب رب العمل.

وقد وضعت محكمة النقض (الفرنسية) استناداً إلى تطور حديث وسريع معياراً جديداً يطبق على المنقول والثابت: يتعلق الأمر "بعمل نوعي".

يكون هناك عقد مقاوله لا بيع طالما أن المهني مكلف بتحقيق "عمل نوعي استناداً إلى بيانات خاصة"، مما يستبعد أي إمكانية إنتاج أصناف متماثلة.

وعلى العكس يتعلق الأمر ببيع إذا لم تكن للطلبة أي خصوصية نوعية وذلك حتى وإن تم صنعها بناء على طلب الزبون.

ولكن إذا كان المهني، بالإضافة إلى الصنع، مكلفاً بوضع العناصر المقدمة يكون هناك عندئذٍ عقد مقاوله حتى وإن كان يتعلق بتمديدات خاصة بشيء من الأصناف المتماثلة.¹⁶²

وتجدر الإشارة هنا في حديثنا عن الفرق بين عقد البيع وعقد المقاوله مقابل نسبة من البناء تحديداً .. أن أهم فرق برأيي يبرز في حديثنا هو الأجر ..

فحسب ما عرفت المادة (386) من القانون المدني السوري، عقد البيع:

(البيع عقد يلتزم به البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقاً مالياً آخر في مقابل ثمن نقدي).

فالبائع لا يتقاضى أجره إلا نقوداً .. على خلاف المقاول مقابل نسبة من البناء الذي يتقاضى أجره حصة سهمية من البناء الذي يشيده وفقاً لعقد المقاوله.

¹⁶¹ السنهوري. (2000). المرجع السابق. ف: 6. ص: 27. هامش: 2.

¹⁶² بينابنت. (2004). مرجع سابق. ف: 484. ص: 369.

لذلك ولكل ما تقدم من فروقات ولهذا الفرق الأخير تحديداً .. لا يصلح البائع أن يكون مقاولاً في عقد المقاولة مقابل نسبة من البناء .

المطلب الثاني: التمييز بين عقد المقاولة وعقد الشركة:

لقد جنح الكثير من رجال الفقه و القانون إلى عد العقد الذي يبرمه مالك العقار مع المقاول مقابل حصول هذا الأخير على نسبة من البناء عقد شركة، وعد العلاقة فيما بين الطرفين تبعاً لذلك علاقة شراكة، وذلك استناداً إلى ما نصت عليه المادة (473) من القانون المدني السوري في تعريف الشركة:

(الشركة عقد بمقتضاه يلتزم شخصان أو أكثر بأن يساهم كل منهم في مشروع مالي، بتقديم حصة من مال أو من عمل، لاقتسام ما قد ينشأ عن هذا المشروع من ربح أو من خسارة).

وقد اعتبر الاجتهاد القضائي السوري في عدة اجتهادات أن العلاقة بين المقاول ومالك الأرض هي علاقة شراكة، ومن هذه الاجتهادات:

- 1- استقر الاجتهاد القضائي على أن تعامل شخص مع أحد الشريكين في عمل من أعمال التجارة يلزم الشركة التي ظهرت أمامه بمظهر فعلي، ولكن هذا الاجتهاد ينصرف إلى الحالة التي تكون فيها غاية الشركة أو الشركاء إشادة البناء بقصد البيع مع تحقيق الربح، وهذا يعني أنه لا بد من استتبات عنصر الاتجار وغاية تحقيق الربح، فإذا انتقلت هذه العناصر لم يبق من مبرر لإعمال هذا الاجتهاد وبقي العقد المبرم بين الطرفين ينصرف إلى الآثار التي تترتب بحكم واقعه وطبيعته وعلاقة الطرفين المتعاقدين ببعضهما.
- 2- إذا لم يكن في بنود العقد المبرم بين الشركاء ما يفيد أن الغاية من البناء البيع لتحقيق الربح، فإنه لا يجوز لأي من الشركاء أن يبيع أي جزء من البناء قبل التخاصص، فإن وقع ذلك انحصر أثر العقد بالمتعاقدين دون أن يسري بحق بقية الشركاء بأي حال).¹⁶³

¹⁶³ الحسيني، محمد أديب. (2004). موسوعة القضاء المدني الجديد، في اجتهاد محكمة النقض السورية- الغرف المدنية بين عامي 1991-2000. (ج: 3). دمشق: سورية. مكتبة دار اليقظة العربية. قا: 4669. ص: 2290. غرفة ثانية. قرار 737 أساس 1115 تا 2000/5/12.

كما أن توصيف هذه العلاقة بأنها علاقة شراكة جاء في التعليمات التنفيذية للقانون رقم (41) لعام 2005

الخاص بضريبة البيوع العقارية فجاء فيها:

(أولاً: أ_ ب_ ج_ أما عمليات المشاركة بين صاحب أرض وتاجر بناء من أجل إشادة بناء ومن ثم

التخصص بينهما فلا تخضع، وعند قيام أحدهما بالبيع فإنه يخضع للضريبة.)

ونرى إن تغليب وصف العلاقة بين مالك العقار والمقاول التي يتضمنها عقد المقاوله بعلاقة شراكة

يحمل في مضمونه تناقضات عديدة، منها:

مخالفة نص المادة (473) من القانون المدني السوري فلا يكفي لقيام الشركة أن يكون هناك مال مشترك بين عدة أشخاص يستغلونه جميعاً بحسب طبيعته إذ لابد من أن يكون عند الشركاء نية الاشتراك في نشاط ذي تبعة يستتبع وجود النية أن هذا النشاط قد يعود على الشركاء بالربح أو الخسارة، وتبعاً لذلك يتقاسم الشركاء الأرباح ويتوزعون فيما بينهم الخسارة أما في عقد المقاوله مقابل نسبة من البناء فإن مالك الأرض يحصل على حصته من البناء دون أن يكون مسؤولاً عما قد يلحق بالمقاول من خسائر جراء هذا العقد مهما كان سبب هذه الخسائر، كما أن المقاول يحصل على حصته من البناء دون أن يشارك مالك العقار ما قد يلحق به جراء ارتفاع سعر العقار.

وبالتالي لا يتحقق أهم شرط من شروط صحة الشركات التي حددها الدكتور محمد كامل مرسي وهي:

1_ اجتماع شخصين فأكثر.

2_ مساهمة كل منهم بحصة في رأس مال الشركة.

3_ نية الاشتراك.

4_ مساهمة كل شريك في الأرباح والخسائر، وهذا الشرط لا يتحقق في عقد المقاوله مقابل نسبة من البناء.

ولكن يمكن وصف العلاقة ما بين المقاول ومالك العقار بشركة الأسد لأنها تضمنت إعفاء أحد الشركاء من تحمل الخسائر مع مقاسمته للأرباح.¹⁶⁴

_ وإذا أردنا أن نطبق أحكام عقد الإيجار (بحسب المادة 526 من القانون المدني السوري) على عقد المقاولة مقابل نسبة من البناء، بعد كليهما يتشابهان إلى حد ما، إلا أن عقد الإيجار من عقود الإدارة ويرد على منفعة، بينما عقد المقاولة من عقود التصرف ويرد على عمل.

"ويرى جانب من الفقه أنه إذا اختلط عقد المقاولة بعقد الإيجار في عملية واحدة وجب أن يلاحظ أمران:

الأول - تحري العنصر الأساسي الذي وقع عليه التعاقد لمعرفة مدى غلبة أحد العقدين على الآخر.

الثاني - تحري التزامات الطرفين التي تؤثر في التكيف القانوني للعقد: هل هي مقالة انصبت على العمل؟ أم أنها إيجارة انصبت على الانتفاع بالمأجور لقاء أجر معين؟".¹⁶⁵

المطلب الثالث: التمييز بين عقد المقاولة وعقد العمل:

عرفت المادة (640) من القانون المدني السوري عقد العمل بأنه: (عقد العمل هو الذي يتعهد فيه أحد المتعاقدين بأن يعمل في خدمة المتعاقد الآخر وتحت إدارته أو إشرافه مقابل أجر يتعهد به المتعاقد الآخر). وبمقارنتها بالمادة (612) التي عرفت عقد المقاولة نتبين نقاط التشابه ونقاط الاختلاف بين العقدين كالتالي:

نقاط التشابه بين عقدي العمل والمقاولة هي:

- 1- أنهما من العقود الرضائية التي لا تتطلب لانعقادها شكلاً معيناً.
- 2- يعدان من العقود الملزمة للجانبين.
- 3- يعدان من عقود المعاوضة.
- 4- كلاهما يرد على عمل والعمل الذي يؤديه العامل أو المقاول هو لمصلحة الغير.

¹⁶⁴ طعمة، واستانبولي. (1994). مرجع سابق. (ط: 2). (ج: 5). هامش ص: 4417-4418. بتصريف.

¹⁶⁵ قره. (1987). المرجع السابق. ص: 40. نقلاً عن عنبر في عقد المقاولة ص: 22، 21.

أما أبرز ما يميز عقد العمل عن عقد المقاولة هو:

- 1- "إن عقد العمل يرد على العمل في ذاته، أما المقاولة فيرد على العمل باعتبار نتيجته".¹⁶⁶
 - 2- في عقد العمل العامل يخضع لإرادة رب العمل وإشرافه ويتلقى تعليماته، وعليه أن ينفذها في حدود العقد المبرم بينهما، بينما في عقد المقاولة فالمقاول لا يخضع لإرادة رب العمل وإشرافه بل يعمل مستقلاً طبقاً لشروط العقد المبرم بينهما.
- "وهذا هو المعيار الذي أخذ به التقنين المدني [المصري] الجديد في التمييز ما بين المقاولة وعقد العمل".¹⁶⁷ وهذا ما استقر عليه أيضاً الاجتهاد والفقهاء السوريين.
- وهو كذلك "الرأي الحديث الذي يجري عليه أكثر القضاء الفرنسي ويناصره طائفة كبيرة من الفقهاء".¹⁶⁸
- وذهب بعض الفقهاء إلى أن معيار التفرقة بين عقدي المقاولة والعمل هو الأجر، إلا أنه معيار غير حاسم وشبه مهجور.

وهناك معيار آخر استند إلى أهمية العمل وبهذا المعيار أخذ تقنين الموجبات والعقود اللبناني ، وينص في المادة 2/624 منه على أن (عقد المقاولة أو إجارة الصناعة هو عقد يلتزم المرء بمقتضاه إتمام عمل معين لشخص آخر مقابل بدل مناسب لأهمية العمل).¹⁶⁹

- 3- يتميز عقد العمل عن عقد المقاولة في تحمل التبعية إذ يتحملها المقاول ولا يتحملها العامل على اعتبار أن المقاول لا يخضع لإشراف رب العمل على عكس العامل وهذا ما فسرتة محكمة النقض، وجاء في قرار لها:
- "1- إن المقاول لا يخضع لإرادة صاحب العمل وإشرافه بل يعمل مستقلاً وفق شروط العقد ويقوم بالعمل لمصلحته وعلى مسؤوليته الخاصة ولا يعتبر رب العمل مسؤولاً عن عمل المقاول. 2-".¹⁷⁰

¹⁶⁶ السنهاوري. (2000). مرجع سابق. ف: 1. ص: 7.

¹⁶⁷ السنهاوري. (2000). المرجع السابق. ف: 4. ص: 13. بتصرف.

¹⁶⁸ السنهاوري. (2000). المرجع السابق. ف: 4. ص: 11.

¹⁶⁹ السنهاوري. (2000). المرجع السابق. ف: 4. ص: 9.

¹⁷⁰ طعمة، وإستانبولي. (1997). مرجع سابق. (ج:6). قا: 2368. ص: 5317. نقض سوري رقم 91 أساس 19 تاريخ 1970/3/14. مجلة المحامون لعام 1970. ص: 285.

"فإن المقاول يكون مسؤولاً وحده عن تعويض الضرر الذي يصيب الغير ولو خول رب العمل لنفسه حق الإشراف البسيط على العمل لضمان حسن سيره بشرط ألا يكون له تدخل فعلي".¹⁷¹ "حيث يُسأل المستخدم تجاه الغير عن أخطاء تابعيه (م 5/1384 فرنسي) والحال ليست كذلك بالنسبة إلى صاحب العمل المستقل [رب العمل]. عن أخطاء المقاول".¹⁷²

4- إذا هلك البناء أو مواده قبل التسليم بسبب أجنبي فليس للمقاول أن يطالب رب العمل لا بأجر عمله ولا بالنفقات التي أنفقها، أما العامل في حال هلك الشيء الذي يتعلق به العمل فإنه يستحق أجره بالرغم من هلاك الشيء.

5- تسقط الدعاوى المتعلقة بعقد العمل بالتقادم بعد مرور سنة على انتهاء العقد (م 646) من القانون السوري، أما في القانون الفرنسي تتقادم الأجور بمرور خمس سنوات (م 2277). أما الدعاوى الناشئة عن عقد المقاولة التي تخص أجر مقاول البناء تحديداً تسقط بمضي خمسة عشرة سنة.

6- يفسخ عقد العمل بوفاء العامل بقوة القانون أم عقد المقاولة فلا ينقضي من ذاته بوفاء المقاول، ما لم يكن محل الاعتبار في العقد هو مؤهلات المقاول الشخصية.

7- وتختلف قواعد إنهاء العقد بالإرادة المنفردة بين العقدين، فكلٍ منهما قواعد الخاصة التي تحكمه، سائبين تفاصيلها فيما بعد.

8- [وفي القانون المصري] لا يتمتع المقاول بما يتمتع به العامل من الرعاية المقررة في القوانين والقرارات الخاصة بالتأمينات الاجتماعية ووضع حد أدنى للأجور - عدا ما رخص فيه لوزير العمل تقرير استفادة المقاولين بمزايا معينه (م 2 من القانون 92 لسنة 1959 الخاص 3 بالتأمينات الاجتماعية)، وكذا الخضوع لتشريعات العمل المختلفة ومنها التشريعات المتعلقة بساعات العمل والأجازات وإصابات العمل وغير ذلك من الميزات التي اقتصررت على العامل دون المقاول.¹⁷³

¹⁷¹ قره. (1987). مرجع سابق. ص: 30.

¹⁷² بينابنت. (2004). مرجع سابق. ف: 505. ص: 382.

¹⁷³ قره. (1987). مرجع سابق. ص: 31.

9- "صفة التاجر لأحد الفرقاء في العقد تدعو إلى افتراض وجود عقد مقاوله لأن الأجير لا يمكن أن تكون له هذه الصفة."¹⁷⁴

10- "نمط تحديد الأتعاب: الأتعاب عن الزمن المنصرم تشير إلى عقد عمل في حين أن أتعاب نتيجة ترتبط بعقد مقاوله."¹⁷⁵

على أنه لو فرضنا أن عقد العمل ينطبق على المقاوله مقابل نسبة من البناء ويمكن أن يحل محله ... فهل يستحق العامل أجر المقاول في عقد المقاوله مقابل نسبة من البناء؟

إن العامل لا يصلح أن يكون مقاولاً لأنه لا يحمل صفة التاجر، ويعمل تحت إشراف رب العمل والأهم أنه يتقاضى أجره بحسب مقدار الوقت الذي أنفقه في العمل لا بحسب النتيجة المرجوة من عقد المقاوله وهو البناء التي تتوفر فيه كل الشروط والمواصفات المتفق عليها في العقد.

أضف إلى ذلك أن العامل يستحق أجره بالرغم من هلاك الشيء الذي صنعه، فكيف سنعد العامل كالمقاول في عقد المقاوله مقابل نسبة من البناء، يتقاضى نسبته من البناء (الحصة السهمية) ويشارك رب العمل عقاره في حال هلك البناء دون أن يشاركه خسارته أو دون أن يتحمل تبعه الأضرار التي قد تصيب الغير نتيجة العمل الذي يقوم به فلا يصلح العامل أن يكون مقاولاً بشروط عقد العمل وأحكامه ... رغم أنه وبرأيي إن عقد العمل هو أكثر العقود مشابهة للمقاوله رغم تميز عقد المقاوله بعنصر التبعية القانونية.

المطلب الرابع: التمييز بين عقد المقاوله وعقد الوكالة:

عرفت المادة (665) من القانون المدني السوري الوكالة على أنها: (عقد بمقتضاه يلتزم الوكيل بأن يقوم بعمل قانوني لحساب الموكل). وبمقارنتها بالمادة (612) التي عرفت عقد المقاوله. يتضح أنهما يتشابهان في أن كليهما يردان على عمل وهذا العمل يؤديه الوكيل أو المقاول لمصلحة الغير.

أما نقاط الاختلاف بينهما فهي:

¹⁷⁴ بينابنت. (2004). مرجع سابق. ف: 501. ص: 379.

¹⁷⁵ بينابنت. (2004). المرجع السابق. ف: 501. ص: 379.

1. العمل في عقد الوكالة هو تصرف قانوني، أما في عقد المقاولة فهو تصرف مادي.
2. الوكيل يعد نائباً عن موكله يقوم بالتصرف القانوني لمصلحته وينصرف أثر هذا التصرف إلى الموكل. بينما لا ينوب المفاوض عن رب العمل وهو يؤدي العمل المادي لمصلحته.
3. الوكالة قد تكون مأجورة أو غير مأجورة. بينما المقاولة مأجورة دائماً.
4. يعمل الوكيل في كثير من الأحيان بإشراف الموكل ويكون تابعاً له. أما المفاوض فيعمل مستقلاً عن رب العمل.
5. المفاوض مضارب وبالتالي فهو معرض للربح والخسارة على عكس الوكيل.
6. الوكالة في الأصل عقد غير لازم، أما المقاولة فهي في الأصل عقد لازم.
7. الوكالة تنتهي بموت الموكل أو الوكيل، بينما المقاولة فلا تنتهي بموت رب العمل أو المفاوض إلا إذا كانت شخصيته محل اعتبار.
8. "إذا تعدد الموكلون، كانوا جميعاً متضامنين قبل الوكيل في تنفيذ الوكالة، أما إذا تعدد أرباب العمل، فلا تضامن بينهم في مواجهة المفاوض إلا إذا اتفق على ذلك." ¹⁷⁶
9. "المفاوض يعتبر تاجراً إذا كان العمل الذي يقوم به من الأعمال التجارية، في حين أن الوكيل لا يعتبر تاجراً." ¹⁷⁷
10. "يتحمل المفاوض تبعاً استحالة تنفيذ العمل بسبب أجنبي، فلا يكون له أن يطالب رب العمل لا بأجره ولا بنفقاته، ولا حتى بثمن المواد التي استخدمها. في حين أن الوكيل يستحق أجره متى بذل في عمله العناية المطلوبة منه ولو لم تتحقق النتيجة التي قصدها الأصيل، بل إن الموكل يلتزم بتعويض الوكيل عما يكون قد أصابه من ضرر دون خطأ منه بسبب تنفيذ الوكالة تنفيذاً معتاداً." ¹⁷⁸
11. "إذا أناب الوكيل عنه غيره في تنفيذ الوكالة، كان للموكل والنائب الوكيل أن يرجع كل منهما مباشرة على

¹⁷⁶ قره. (1987). مرجع سابق. ص: 41. هامش: 1/ب.

¹⁷⁷ قره. (1987). المرجع السابق. ص: 41. هامش: 1/ج.

¹⁷⁸ قره. (1987). المرجع السابق. ص: 41. هامش: 1/هـ.

الأخر ويختلف هذا الرجوع في شروطه وفي مداه عن حق المقاول من الباطن في مطالبة رب العمل مباشرة بما لا يجاوز القدر الذي يكون مديناً به للمقاول الأصلي.¹⁷⁹

ورغم كل هذه الفروقات بين عقدي المقاولة والوكالة، إلا أنه في بعض الحالات يصعب التمييز بينهما ويقع الاختلاف حول اعتماد أيهما، فمثلاً قد يكلف شخص بأعمال قانونية ومادية معاً. وفي هذه الحالة يكون هذا الشخص مقاولاً بالنسبة للأعمال المادية ووكيلاً بالنسبة للأعمال القانونية، فتطبق أحكام كل عقد في المجال الذي يخصه. ولكن عندما تختلط هذه الأعمال بحيث يصعب التمييز بين نطاق كل عقد منهما على حدا. ففي هذه الحالة تكيف العملية تكيفاً موحداً وفقاً للصفة الغالبة، فيعتبر العقد مقاولة إذا كان النشاط المادي هو الغالب، ويعتبر العقد وكالة إذا كانت الغلبة للعمل القانوني.¹⁸⁰

أما الاختلاف في الآراء فكان الأبرز في التكيف القانوني للعقد المبرم بين المهندس المعماري

وصاحب البناء.. هل يعد العقد عقد وكالة أم مقاولة...؟؟؟.

"يذهب الرأي الغالب في القضاء الفرنسي إلى اعتبار هذا العقد عقد وكالة، واعتبار المعماري وكيلاً مأجوراً عن رب العمل، ويرتبون على ذلك عدة نتائج أهمها ارتباط رب العمل بالعقود التي يبرمها المعماري باسمه، والتزامه بالحساب الذي يربطه مع مقاول البناء. وحق المحاكم في مراجعة الأجر المتفق عليه بين المعماري ورب العمل. ولكن هذا المسلك من جانب القضاء منتقد.¹⁸¹

ولكن تخويل المهندس المعماري سلطة النيابة عن رب العمل بالنسبة للأعمال القانونية، ليس من شأنه أن يغير من طبيعة العقد الذي يربط بين الطرفين فيما يتعلق بمهمة المعماري الأساسية وهي وضع الرسومات والمقاييسات والإشراف على تنفيذها، فهذا العقد يظل مقاولة ولا ينقلب إلى وكالة، خلافاً لما ذهب إليه القضاء الفرنسي، ولذلك تطبق كل من أحكام المقاول وأحكام الوكالة في النطاق الخاص به، وإذ تعذر ذلك في بعض الحالات كما هو الحال بالنسبة للأجر أو الأتعاب، وجب تغليب حكم المقاولة، وعلى ذلك فإذا كان الأجر متفقاً

¹⁷⁹ قره. (1987). المرجع السابق. ص: 41. هامش: 1/و.

¹⁸⁰ قره. (1987). المرجع السابق. ص: 42.

¹⁸¹ قره. (1987). المرجع السابق. ص: 42.

عليه عند إبرام العقد، فلا يجوز للقضاء مراجعته لا بالنقص ولا بالزيادة، لأن العقد شريعة المتعاقدين، ولأن المشرع لم يخرج عن ذلك إلا بالنسبة للوكالة فقط (م 3/709) [مدني مصري]، كذلك إذا تعدد أصحاب العمل فلا يكونوا متضامنين في مواجهة المعماري في التزامهم في دفع الأجر، لأن هذا الالتزام قابل للانقسام، ولم يوجب القانون تضامنهم، خلافاً لما هو مقرر بالنسبة للموكلين (م 812) [مصري]، وإذا لم يتفق المتعاقدان على الأجر، فلا يفترض أن المهندس المعماري قد قبل أن يقوم بالعمل مجاناً كما هو الأصل في الوكيل (م 709)، بل يحق له رغم عدم الاتفاق أن يطالب بأجر عن عمله.¹⁸²

وفي اجتهاد لمحكمة النقض المصرية: ".... وأنه (أي المشرع المصري) إنما أورد القواعد المتعلقة بالمهندس المعماري ليعتبر عمله بوضع التصميم والمقايضة ومراقبته التنفيذ من نوع الأعمال المادية للمقاولات يندرج في صورها، وأن اختلاط ناحية الفكر بهذه الأعمال لا يمنع من اعتبارها من قبيل الأعمال المادية لا من قبيل التصرفات القانونية، فلا يتغير بذلك وصف العقد من المقابلة إلى الوكالة كما يوجب تطبيق أحكام عقد المقابلة عليه.... الخ". (نقض مدني 67/5/16 س 18 ص 1011).¹⁸³

وفي اجتهاد آخر لمحكمة النقض المصرية يوضح أن تكييف العقد بين أن يكون مقابلة أو وكالة، يعتمد على نية المتعاقدين، وجاء فيه:

"..... ولا يغير من ذلك كون الطرفين يملكان العقار على الشيوع، إذ ليس من شأن هذه المشاركة أن تغير من صفة العقد، وأن تضيف على المطعون عليه صفة الوكيل مع صراحة نصوصها في أن نية الطرفين قد اتجهت على إبرام عقد مقابلة....".¹⁸⁴

والسؤال الذي يطرح نفسه في معرض حديثنا عن المقابلة مقابل نسبة من البناء ومقارنتها بالوكالة: هل يجوز للوكيل_ فيما إذا حسبنا عقد المقابلة مقابل نسبة من البناء وكالة_ أن يكون أجره نسبة من البناء (حصة سهمية)؟..

¹⁸² قره. (1987). المرجع السابق. ص: 44.

¹⁸³ قره. (1987). المرجع السابق. ص: 44.

¹⁸⁴ قره. (1987). المرجع السابق. ص: 45. نقض مدني 1972/3/9 س 23. ص: 376 وما بعدها.

طبعاً لا يجوز ذلك كون الوكيل ليس تاجراً يبغي الربح والكسب من وراء عمله، على عكس المقاول الذي غايته الأولى الربح فهو تاجر.

كذلك إن الوكيل لا يتحمل الخسارة وتبعاتها، وبالنتيجة إن كانت وكالته مأجورة فليس من العدل أن يكون أجره (نسبة من البناء) مقارنةً بتصرفه القانوني المناب به عن رب العمل.

ـ وإذا أردنا أن نطبق أحكام الوديعة (بحسب المادة 684 من القانون المدني السوري) على عقد

المقاوله مقابل نسبة من البناء تحديداً، لنرى مدى تشابههما، يتضح لنا البعد بين كل من العقدين وبين صفات كل من المقاول والمودع عنده؛ فالوديعة أصلاً غير مأجورة فكيف يمكن أن يستحق المودع عنده أجراً يعادل نسبة من البناء ويشارك رب العمل بحصة سهمية في العقار موضوع العقد إن كانت مهمته لا توجب الأجر.. وحتى لو فرضنا أن عمله كان مأجوراً فليس بالأهمية المطلوبة للحصول على النتيجة (إشادة بناء) فهو يبذل عناية في عمله ولا يبذل جهداً وعملاً في تحقيق نتيجة عمل مادي. فمن البديهي أنه لا يستحق أجراً كأجر المقاول مقابل نسبة من البناء هذا ناهيك عن الاختلافات الأخرى التي سبق وأشرت إليها في بداية المقارنة بين الوديعة والمقاوله.

المطلب الخامس: التمييز بين عقد المقاوله وعقد الأشغال العامة:

عرفت المادة (634) من القانون المدني السوري عقد الأشغال العامة أو التزام المرافق العامة: (التزام المرافق العامة عقد الغرض منه إدارة مرفق عام ذي صفة اقتصادية، ويكون هذا العقد بين جهة الإدارة المختصة بتنظيم هذا المرفق وبين فرد أو شركة يعهد إليها باستغلال المرفق فترة معينة من الزمن).

فهو عبارة عن اتفاق بين الإدارة أو شخص معنوي من أشخاص القانون العام وبين أحد الأفراد أو شركة بقصد القيام ببناء أو ترميم أو حيازة مباني أو منشآت عقارية لحساب أحد الأشخاص الإدارية لمنطقة عامة وهو من العقود المسماة بحكم القانون بأنها عقود إدارية وأنه يعتبر في جميع الأحوال من العقود الإدارية سواء تضمن شروطاً استثنائية غير مألوفة في مجال القانون الخاص أم لم يتضمن. وهو يخضع لاختصاص القضاء

وبمقارنته مع عقد المقاولة الذي عرفته المادة (612) من القانون المدني السوري أن هناك أوجه تشابه وأوجه خلاف بين كل من العقدين.

نقاط التشابه بين العقدين:

1- كلاهما من العقود المسماة

2- كلاهما من العقود المحددة المدة.

بينما أهم نقاط الاختلاف بينهما تكمن في التالي:

1- عقد المقاولة ينعقد فيما بين أشخاص طبيعيين (فرد أو شركة).

أما عقد الأشغال العامة فينعقد فيما بين شخص معنوي أو أحد أشخاص القانون العام وشخص طبيعي (فرد أو شركة).

2- الغاية من إبرام عقد المقاولة تحقيق النفع الخاص فأجر المقاول حصة سهمية من مجمل ما سيؤول إليه العقار موضوع عقد المقاولة، يتصرف فيه إما بالسكن أو بالبيع لكسب الربح، بينما الغاية من إبرام عقد الأشغال العامة تحقيق النفع العام.

3- عقد المقاولة من العقود المدنية الخاصة، وبالتالي يخضع للقضاء العادي، بينما عقد الأشغال العامة من العقود الإدارية، وبالتالي يخضع لاختصاص القضاء الإداري.

4- ينعقد عقد المقاولة بالتراضي بين كل من المقاول ورب العمل، أما عقد الأشغال العامة فينعقد إما بالمناقصة أو بالتراضي أو بالأمانة.

5- المقاولة من العقود الملزمة للطرفين فلا يجوز تعديلها إلا باتفاق الطرفين على ذلك، على عكس عقد الأشغال العامة، فيحق للإدارة إنقاص الكميات المتعاقد عليها، أو زيادتها بحسب ما يقتضيه العمل على أن لا تزيد هذه

¹⁸⁵ مجلة القانون. (1987). العدد: 1-4. دمشق: سورية. وزارة العدل. قا: 93. ص: 272. محكمة النقض. الدائرة المدنية الرابعة. قرار رقم 12 أساس 2808 تاريخ 1986/1/12.

الكمية عن (25%) من مجموع الكميات الواردة في الكشف التقديري للأعمال، وهي ملزمة للمتعهد وفي نفس شروط هذا العقد، وفي حال إنقاص الكميات عن النسبة المحددة في العقد تدفع الإدارة للمتعهد نسبة أرباح تبلغ (20%) من مجموع ما لم يتم تنفيذه من أعمال أما في حال زيادة الكميات عن النسبة المشار إليها يتم تنظيم ملحق عقد جديد، ويتم الاتفاق على السعر، وتضاف مهلة جديدة للتنفيذ.¹⁸⁶

6- في حال ارتفاع الأسعار أو هبوطها بشكل طارئ فإن عقد المقاولة يخضع لقواعد قانونية تحكمها نظرية الظروف الطارئة وقواعد القانون المدني وفقاً للمادة (148).

أما في عقد الأشغال العامة فتحسب كامل الكميات التي نفذها المتعهد على أرض الواقع من قبل جهاز الإشراف المكلف بالإشراف على تنفيذ العمل، بحضور المتعهد أو وكيله، ويصار إلى تحديد قيمة الزيادة أو النقص الحاصل في الأسعار وفق النشرة الرسمية للأسعار وتحسب الزيادة أو النقص وتعطى للمتعهد أو تحسم منه مباشرة، على أن يتم تحميل المتعهد نسبة (15%) من قيمة الزيادة الحاصلة في الأسعار بالنسبة للكميات التي لم تنفذ، وليس من مجمل قيمة العقد.¹⁸⁷

"وبلاحظ أن تكييف عقد الأشغال العامة يتحدد بصفة رب العمل وكونه شخصاً من أشخاص القانون العام، ولا أثر لصفة المقاول على هذا التكييف، وعلى ذلك فلو كان المقاول عبارة عن شخص من أشخاص القانون العام، فإن العقد مع ذلك يعتبر مقاولاً لا أشغالاً عامة، وذلك إذا كان العمل يتم لحساب شخص من أشخاص القانون الخاص."¹⁸⁸

وقد يلتبس الأمر بين ما إذا كان العقد مقاولاً أو عقد أشغال عامة في حالة ما إذا كان العمل لحساب شركة مساهمة عامة أو شركة من شركات الاقتصاد المختلط إلا أن الرأي الراجح في الفقه يتجه إلى أن العقد في مثل هذه الأحوال يعتبر عقد مقاولاً لا عقد أشغال عامة. والسبب في ذلك أن أهم ما يميز هذا العقد عن عقد المقاولة هو صفة رب العمل، وكونه من أشخاص القانون العام، أو الغرض من إبرامه تحقيق منفعة عامة وهذان

¹⁸⁶ المادة (62) من القانون رقم (51) لعام 2004/11/24، نظام العقود.

¹⁸⁷ المادة (63) من القانون رقم (51) لعام 2004.

¹⁸⁸ قره. (1987). مرجع سابق. ص: 57.

الشرطان لا يتحققان إذا كان رب العمل شركة مساهمة أو من شركات الاقتصاد المختلط لأنها ليست من أشخاص القانون العام، وإنما تعتبر من أشخاص القانون الخاص، هذا فضلاً عن أن قصدها المضاربة على الربح لا تحقيق المنفعة العامة مهما كان نصيب الدولة في أرباحها.¹⁸⁹

وبرأيي ومن خلال ما تقدم من مقارنة بين عقد المقاولة وبعض العقود المسماة الأخرى التي تشابهه، وجدتُ أن عقد المقاولة يتوافق في جزء كبير من مفهومه مع عقد العمل، لكن عقد الأشغال العامة وبالرغم من كل الاختلافات بينهما يبقى الأقرب إلى عقد المقاولة من الناحية العملية.

¹⁸⁹ قره. (1987). المرجع السابق. ص: 63.

الفصل الثاني: أثار عقد المقاولة مقابل نسبة من البناء :

إن أثار عقد المقاولة تتولد عند إخلال أحد أطراف العقد بالتزاماته وترتب المسؤولية على عاتقه، وتتعدد صور الخطأ أو الإهمال، أو بالمجمل الأسباب التي ترتب المسؤولية على عاتقه (سواء كانت عقدية أم تقصيرية) _ وبالأخص مسؤولية المهندس المعماري و المقاول _ عن العيوب التي تصيب البناء والتي تهدد سلامته وتعرضه لخطر التهدم أو التصدع (مسؤولية الضمان العشري)، وبالتالي ما يتولد عنها من نتائج من جانب ولوج باب القضاء وإقامة الدعاوى القضائية وطرق إثبات هذه الدعاوى، وحتماً هذا كله يوصلنا إلى الطبيعة القانونية للعقد موضوع النزاع من حيث صفة أطرافه وماهية العمل المطلوب إنجازه وطبيعته، كونها المحور الأساسي الذي تقام على أساسه الدعاوى ويحدد نوعها.

أضف إلى أنه من أثار عقد المقاولة أيضاً _ أسباب انقضائه _ وتتعدد أسباب انقضاء عقد المقاولة مقابل نسبة من البناء إلى أسباب عامة وأسباب خاصة، سنفصلها في المبحث الثالث من هذا الفصل، إضافة إلى المحكمة المختصة بفسخ أو تثبيت عقد المقاولة مقابل نسبة من البناء . وكذلك جميع الإشكاليات التي يمكن أن تنشأ عن عقد المقاولة مقابل نسبة من البناء أو عند تنفيذه. وهذا ما سنبحثه مفصلاً في المباحث التالية:

المبحث الأول: الضمان في عقد المقاولة مقابل نسبة من البناء :

إن أساس فكرة الضمان هو ما يتهدد مالك البناء أو الغير من خطورة تهدم البناء أو تصدعه، فقد خص المشرع السوري المهندس المعماري والمقاول، للتهدم والعيوب التي تصيب ما أقامه من مبانٍ أو منشآت ثابتة أخرى، بالمادة (617) من القانون المدني السوري، والتي تنص على:

أ- يضمن المهندس المعماري والمقاول متضامنين ما يحدث خلال عشر سنوات من تهدم كلي أو جزئي فيما شيده من مبانٍ أو أقاموه من منشآت ثابتة.

ب- ويشمل الضمان المنصوص عليه في الفقرة السابقة ما يوجد في المباني والمنشآت من عيوب يترتب عليها تهديد متانة البناء وسلامته.

ت- تبدأ مدة السنوات العشر من وقت تسلم العمل.

ث- ولا تسري هذه المادة على ما قد يكون للمقاول من حق الرجوع على المقاولين الثانويين.

ويقابل هذه المادة في القوانين العربية: المادة (651) في القانون المدني المصري، والمادة (650) في القانون المدني الليبي، المادة (525) في القانون المدني السوداني، وجميعها متطابقة مع ملاحظة أن كلاً من القانون العراقي والقانون اللبناني قصر مدة الضمان على خمس سنوات، وجعل القانون العراقي الضمان من أجل التهدم الكلي أو التهدم الجزئي فقط، أي إذا وقع التهدم خلال السنوات الخمس، بينما جعل القانون اللبناني الضمان على تهدم البناء وتداعيه للسقوط دون العيب.

"كما أخذ القضاء في فرنسا ومصر والجزائر وسورية بمبدأ المسؤولية الخاصة أو العشرية للمقاول، سواء في ذلك القضاء العادي أو الإداري."¹⁹⁰

ولما كان من المسلم به أن الضمان يبنى على فكرة مفادها أن ثمة خطأ في جانب الضامن يوجب مساءلته وإلزامه بجبر الضرر والتعويض من حيث النتيجة، فإن التعويض هو الجزء الذي يرتبه القانون على الطرف المخل بالتزامه.

حيث تنص المادة (216) من القانون المدني السوري أنه إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عيناً، حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه. ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه.

"وتشمل أعمال الهندسة المدنية، في هذا الإطار، تشييد الأبنية اللازمة وتأهيل الأرض المستعملة، وإجراء

التمديدات من كهرباء وماء أو سكك حديدية وسواها."¹⁹¹

¹⁹⁰ الأحمـد. (2022). مرجع سابق. ص: 31.

¹⁹¹ ناصيف. (2008). مرجع سابق. ص: 13.

المطلب الأول: نطاق تطبيق نظرية الضمان العشري من حيث الأشخاص:

إن نطاق تطبيق نظرية الضمان العشري يمتد ليشمل: كل من قام بأعمال البناء الجهرية (من وضع تصاميم ومخططات البناء، ودراسة كل معطيات المشروع التي تكفل بناءً سليماً خالياً من العيوب، وتوريد المواد المستخدمة للبناء، ...الخ)؛ وهم في عقد المقابلة مقابل نسبة من البناء: المقاول والمهندس المعماري، إضافة إلى فئة من الأشخاص يمكن عدهم بحكم المعماريين ويخضعون أيضاً لقواعد الضمان العشري (كالبائع والوكيل والصانع).

وكذلك دراسة خصائص مسؤولية المعماريين بعد تسلم العمل من حيث أنها مسؤولية مفترضة بقوة القانون ومسؤولية متعلقة بالنظام العام ومسؤولية مخالفة لقاعدة الأثر المبرئ لتقبل العمل. وهذا ما سنبحثه في ما يلي:

الفرع الأول: الأشخاص المعنيين بنظرية الضمان العشري:

إن الأشخاص المعنيين بنظرية الضمان العشري بمواجهة رب العمل في عقد المقابلة مقابل نسبة من البناء، هما المقاول والمهندس المعماري.

ـ والمقاول سبق أن تحدثنا عنه بصفته أحد المتعاقدين وبالالتزامات المترتبة عليه، بالتفصيل في المبحث الأول من الفصل الأول من هذا البحث.

ـ وأما عن المهندس المعماري:

فالمهندس المعماري يتميز عن غيره من الأشخاص الآخرين الذين يشاركون في أعمال البناء، بدوره ذي الطابع الذهني الخالص، وبأن تدخله في عملية البناء يكون لحساب المالك، وأنه يجمع بين صفة الفنان والفني، ويمارس مهنة حرة غير تجارية، وأن مهمته يغلب عليها العنصر الفكري، سواء فيما يتعلق بالتصميم أو بالإدارة أو بالإشراف على التنفيذ، وأنه يحمل مؤهلاً علمياً متخصصاً في الهندسة المعمارية، وأنه يكون عضواً بنقابة المهندسين، وأنه يؤدي دوره عن طريق الارتباط مع رب العمل بعقد مقالة.¹⁹²

¹⁹² ياقوت، محمد ناجي. (د. ت). مسؤولية المعماريين بعد إتمام الأعمال وتسليمها مقبولة من رب العمل. الاسكندرية: مصر. دار وهدان، منشأة المعارف. ف: 13. ص: 34.

والمعنى المقصود بكلمة المهندس المعماري في لغة القانون، وبالذات في مجال المسؤولية المدنية عن عيوب البناء، ليس مرتبطاً بالمؤهل العلمي للشخص المسؤول، ولا بالقيد في نقابة المهندسين، وإنما بقيام الشخص في الواقع بمهمة تشبه مهمة المهندس المعماري بالمعنى الفني الدقيق للكلمة. وعلى ذلك، فإنه يكون الشخص ملتزماً بالضمان الخاص للمهندس المعماري، حتى ولو لم يكن مهندساً أصلاً، كأن كان مقاولاً غير مؤهل، أو شخصاً عادياً لا يحمل أي مؤهل أو خبرة خاصة.¹⁹³

وأما المقصود في التقنين الفرنسي عن معنى المهندس المعماري: فقد "أضاف المشرع الفرنسي إلى عبارة نص المادة 1792، في صيغتها الأصلية، التي كانت عليها في سنة 1804، عبارة (وأي أشخاص آخرين مرتبطين مع رب العمل بعقد مقاوله) أو عندما عدل صياغة هذا النص بالقانون رقم 78-12 لسنة 1978 مستعملاً كلمة كل معماري مبيناً أن المقصود بهذه الكلمة الجديدة هو: (كل مهندس معماري: مقاول، فني، أو أي شخص آخر مرتبط مع رب العمل بعقد مقاوله)¹⁹⁴.

"أما فيما يتعلق بالقانون المصري، فيبدو لنا أن اقتصار المشرع على النص على المهندس المعماري والمقاول فقط، كمسؤولين بمقتضى المسؤولية الخاصة للمادة 651 مدني، هو أمر راجع إلى أن المهندس المعماري والمقاول كانا في الوقت الذي وضع فيه هذا النص، يعتبران المهنيين الوحيدين المشتغلين بأعمال التشييد والبناء.¹⁹⁵

وهناك فئة من الأشخاص عدهم المشرع الفرنسي بحكم المماريين بقطع النظر عن مسألة ارتباطهم بعقد مقاوله مع رب العمل، وبالتالي فإن نطاق تطبيق مسؤولية القواعد الخاصة تمتد لتشملهم أيضاً.. ومنهم:

1- البائع:

إذا قام مقاول المباني بالبناء لحسابه الخاص، أي دون أن يرتبط مع أحد بعقد مقاوله، ثم تصرف في هذا البناء بالبيع، فهل يكون مسؤولاً عن عيوب هذا البناء وفقاً لمسؤولية القواعد الخاصة، وذلك باعتباره معمارياً، أم

¹⁹³ ياقوت. (د. ت). المرجع السابق. ف: 17. ص: 39. بتصرف.

¹⁹⁴ ياقوت. (د. ت). المرجع السابق. ف: 18. ص: 42. بتصرف.

¹⁹⁵ ياقوت. (د. ت). المرجع السابق. ف: 18. ص: 43.

وفقاً لمسؤولية القواعد العامة، وذلك باعتباره بائعاً؟ بعبارة أخرى، هل يسأل طبقاً للضمان الخاص للمهندس المعماري والمقاول، المنصوص عليه في المادة 651 مدني مصري المقابلة للمادتين 1792-2270 مدني فرنسي، أم طبقاً لضمان العيوب الخفية للبائع المنصوص عليه في المادة 447 وما بعدها من التقنين المدني المصري المقابلة للمادة 1646 وما بعدها من التقنين المدني الفرنسي؟. تختلف إجابة هذا السؤال في القانون المصري عنها في القانون الفرنسي.

ففيما يتعلق بالقانون المصري، ليس هناك أدنى شك في أن مسؤولية بائع العقار لا يمكن أن تتعقد في هذه الحالة بناء على أحكام الضمان الخاص الواردة في المادة 651 مدني مصري، وذلك لعدم وجود عقد مقاوله. وعلى ذلك فإن البائع يسأل هنا بمقتضى القواعد العامة في عقد البيع.¹⁹⁶

أما المشرع الفرنسي "نص في المادة 1792 - 1، (2)، التي أضافها إلى نصوص التقنين المدني الفرنسي، على أنه يعتبر في حكم المعماري بالمعنى المقصود في هذا القانون، (كل شخص يبيع بناء بعد إتمام تشييده، سواء كان قد شيده بنفسه أو بواسطة آخرين)"¹⁹⁷.

فمنذ نفاذه لن يستطيع البائع أن يفلت من المسؤولية الخاصة للمعماريين، عن طريق الاتفاق مع المشتري على إعفائه من الالتزام بضمان عيوب البناء.

فإن بائع العقار المبنى أو المعد للبناء، أصبح منذ نفاذ ذلك القانون ملتزماً بمقتضى قواعد الضمان العشري للمعماريين، دون الأحكام المقررة في عقد البيع.

كذلك فإن عبارة (سواء شيده بنفسه أو بواسطة آخرين)، الواردة في الصياغة الجديدة للنص، من شأنها أن تضمن عدم إفلات أي بائع عقار من نطاق هذه المسؤولية المشددة، بحيث يستوي في المعاملة، من وجهة نظر هذه المسؤولية: المهني الذي يحترف عملية البناء بقصد البيع، مع الفرد العادي الذي يضطر إلى بيع مسكنه لأسباب شخصية. لكن هذا الحكم جديد. ومن شأنه أن يثير صعوبات لا يمكن تجاهلها في العمل: فمن ناحية أولى، قد يترتب عليه في بعض الحالات اختصار مدة الضمان المشدد اختصاراً واضحاً بالنسبة للمشتري. ذلك لأن مدة

¹⁹⁶ ياقوت. (د. ت). المرجع السابق. ف: 20. ص: 46.

¹⁹⁷ ياقوت. (د. ت). المرجع السابق. ف: 20. ص: 49.

الضمان العشري تبدأ في السريان اعتباراً من وقت تسلم العمل مقبولاً من جانب رب العمل، وليس من وقت البيع. معنى ذلك أن هذه المدة لا بد وأن تقل كلما تراخى وقت البيع عن وقت التسلم. كما أن هذا الحكم يثير صعوبة أخرى فيما يتعلق بكيفية حساب مدة الضمان العشري في الحالات التي يكون فيها بائع البناء هو ذات المقاول الذي شيده بنفسه، أي عندما لا يتصور حصول التسلم: فهل تحتسب مدة الضمان هنا من وقت إنجاز العمل، أم من وقت التسلم الذاتي.¹⁹⁸

2_ الوكيل:

يعتبر معمارياً بالمعنى المقصود في الأحكام الواردة في المادتين 1792-2270 مدني فرنسي، (كل شخص يقوم بمهمة تشبه مهمة مؤجر العمل على الرغم من أنه يتصرف بصفته وكيلاً عن مالك البناء). وبالتالي فهناك شرطان يجب توافرها حتى يمكن اعتبار هذا الشخص بحكم المعمارى وهما:

الشرط الأول: مؤداه أن يقوم هذا الشخص بمهمة تشبه مهمة المهندس المعماري أو المقاول أو غيرهما من الأشخاص الآخرين الذين يشاركون بدور معين في عملية التشييد والبناء. وذلك بغض النظر عن الارتباط بعقد مقولة مع صاحب العمل.

وأما الشرط الثاني: فهو أن يكون هذا الشخص مرتبطاً مع رب العمل بعقد وكالة.¹⁹⁹

"ومن المسلم به أيضاً في كل من القانونين المصري والفرنسي، أنه إذا تولى الوكيل القيام بأعمال مادية لحساب موكله، إلى جانب ما يقوم به أصلاً من أعمال قانونية، كأن يكون مهندساً معمارياً أو مقاولاً عهد إليه العمل القيام بأعمال معينة، بعضها تتوافر فيه صفة التصرفات القانونية وبعضها تغلب عليه صفة الأعمال المادية، فإن العقد الواحد يكون وكالة فيما يتعلق بهذه التصرفات ومقولة فيما يتعلق بالأعمال المادية."²⁰⁰

أما بعد أن عُدَّ التقنين المدني الفرنسي "يتعين القول بأنه منذ نفاذ ذلك التجديد، يمتنع على القضاء التمييز في هذه الحالة بين العقدين، بل يجب تطبيق أحكام الضمان الخاص أو المسؤولية الخاصة للمهندس المعماري

¹⁹⁸ ياقوت. (د. ت). المرجع السابق. ف: 20. ص: 49-50-51. بتصرف.

¹⁹⁹ ياقوت. (د. ت). المرجع السابق. ف: 21. ص: 52. بتصرف.

²⁰⁰ ياقوت. (د. ت). المرجع السابق. ف: 21. ص: 53.

والمقاول على مجموع الأعمال التي عهد بها إلى الوكيل، دون تفرقة بين تصرفات قانونية وأعمال مادية، طالما أن هذا الوكيل يقوم في الواقع لمصلحة رب العمل أو الموكل بمهمة تشبه مهمة المعماري.²⁰¹

ويُرى "أن هذا الحكم قصد منه التوصل إلى إدخال أي مهني يبرم عقود مقاربه لعقد التمويل العقاري، في دائرة المسؤولية العشرية للمعماريين، كوسيلة لمنع هذا المهني من التستر خلف ستار صفة الوكيل لصاحب البناء طالما أنه يقوم بتأدية مهمة تشابه مهمة المعماري، ولذلك فإنه حكم بمنأى عن النقد من هذه الناحية."²⁰²

3- الصانع:

يعتبر أيضاً معمارياً بالمعنى المقصود في هذه المادة: "كل صانع لعمل، أو جزء من عمل، أو لعنصر من عناصر التجهيز في العمل، صممه وأنتجت لكي تفي بأغراض خاصة به وفقاً لمواصفات دقيقة معينة سلفاً، ويكون مسؤولاً مسؤولية تضامنية عن الالتزامات المفروضة في المواد 1792، 2/1792، 3/1792 من التقنين المدني، والملقاة على عاتق المقاول الذي قام باستعمال هذا العمل أو الجزء من العمل أو العنصر التجهيزي فيه، طبقاً للقواعد الموضوعة من قبل الصانع، ودون إجراء أي تعديل عليها".²⁰³

الفرع الثاني: خصائص مسؤولية المعماريين بعد تسلم العمل:

من أهم خصائص مسؤولية المعماريين بعد تسلم العمل:

(1) _ مسؤولية مفترضة بقوه القانون.

(2) _ مسؤولية متعلقة بالنظام العام.

(3) _ مسؤولية مخالفة لقاعدة الأثر المبرئ لتقبل العمل.

²⁰¹ ياقوت. (د. ت). المرجع السابق. ف: 21. ص: 55.

²⁰² ياقوت. (د. ت). المرجع السابق. ف: 21. ص: 55.

²⁰³ ياقوت. (د. ت). المرجع السابق. ف: 22. ص: 56.

ونلاحظ من هذه الخصائص صفة التشدد في المسؤولية عما تقتضيه القواعد العامة، وذلك لخطورة الأضرار التي يمكن أن تقع جراء عيوب البناء ولتعلق ذلك أيضاً بالمصلحة العامة. وهذا ما جاء موافقاً للتشريعين المصري والفرنسي.

"فلقد كان من الطبيعي أن ينعقد إجماع الفقه والقضاء في مصر على القول بأن (التزام المهندس المعماري والمقاول الوارد في المادة 651 من التقنين المدني المصري هو التزام بنتيجة هي بقاء البناء الذي يشيدانه سليماً ومتميناً لمدة عشر سنوات بعد تسليمه. وأن الإخلال بهذا الالتزام يقوم بمجرد إثبات عدم تحقق تلك النتيجة، دون حاجة لإثبات خطأ ما)."²⁰⁴

وقد جاء في نص المادة 652 مدني مصري "إذا اقتصر المهندس المعماري على وضع التصميم، دون أن يكلف الرقابة على التنفيذ، لم يكن مسؤولاً إلا عن العيوب التي أتت من التصميم". إذ يفهم من عبارة هذا النص، على ما يبدو لنا، أن مشرعنا [المصري] أراد أن يؤكد فيه التفرقة بين حالة المهندس المعماري المكلف (بمهمة كلية) وحالة ذلك المكلف (بمهمة جزئية)، فيما يتعلق بكيفية دفع كل منهما لقرنية المسؤولية الملقاة على عاتقه بمقتضى المادة 651. ففي حين لا يجوز دفع مسؤولية الأول إلا بإثبات السبب الأجنبي، لتعلق نشاطه بجميع الأعمال، تسقط قرنية المساهمة من على عاتق الثاني إذا أثبت عدم تعلق الضرر بنشاط الذي انحصر في مهمة جزئية هي وضع التصميم، دون حاجة إلى إثبات السبب الأجنبي. ومما يؤكد صحة هذا التفسير الذي نقول به، أن حكم المادة 652 مدني مصري، الذي جرى القضاء الفرنسي على إتباعه في أحكامه، لم يمنع هذا القضاء من الأخذ بالاتجاه الذي نريد الأخذ به في القانون المصري.²⁰⁵

وأما ما يتعلق بصلة هذه المسؤولية بالنظام العام:

تنص المادة 653 من التقنين المدني المصري على أنه: "يكون باطلاً كل شرط يقصد به إعفاء المهندس المعماري والمقاول من الضمان أو الحد منه". وتنص المادة 5/1792 من التقنين المدني الفرنسي، المضافة

²⁰⁴ ياقوت. (د. ت.). المرجع السابق. ف: 94. ص: 192.

²⁰⁵ ياقوت. (د. ت.). المرجع السابق. ف: 117. ص: 211.

بمقتضى قانون 4 يناير سنة 1978، على أنه: "يكون باطلاً كل شرط في العقد يكون من مقتضاه استبعاد المسؤولية المنصوص عليها في المواد 1/1792، 2/1792 أو الحد من هذه المسؤولية، أو استبعاد الضمان المنصوص عليه في المادة 3/1792 أو التضيق من نطاقه، أو استبعاد التضامن المنصوص عليه في المادة 4/1792 أو الحد منه". ويرى الفقه المصري والفقه الفرنسي، أن هذين النصين يفيدان تعلق مسؤولية المماريين المقررة في كل من المادتين 651 مدني مصري، 1792 مدني فرنسي، بالنظام العام.²⁰⁶

وأما عن الغاية من تعلق هذه المسؤولية بالنظام العام فهو، "حماية رب العمل في عقد المقاولة ليس إلا"²⁰⁷.

إلا أن هناك رأياً فقهياً يرى د. محمد ناجي ياقوت _ أن الهدف المقصود من تعلق هذه المسؤولية بالنظام العام هو أمر آخر. ألا وهو: "رغبة المشرع في تشديد المسؤولية المعمارية عن عيوب البناء، وذلك بحث المماريين على بذل أقصى درجة ممكنة من العناية في تأدية عملهم على نحو يجعلهم يضمنون عيوبه جميعاً في أثناء مدة الضمان، إلا ما نشأ منها عن القوة القاهرة. فكما افترض القانون مسؤوليتهم عن هذه العيوب، ليدفعهم إلى إتقان العمل، منعهم من التهرب من هذا الافتراض، أو الإفلات من القرينة الملقاة على عاتقهم، باشتراط عدم المسؤولية، لنفس العلة."²⁰⁸

حتى أنه ولو كان إقرار رب العمل في عقد الصلح بتسلمه البناء مقبولاً بحالته الظاهرة التي هو عليها في وقتها، هذا لا يعني أن يعفى كلاً من المقاول والمهندس المعماري من ضمان العيوب التي خفيت عن رب العمل وقت التسليم.

فالتسليم حتى ولو كان نهائياً فهو لا يغطي إلا العيوب الظاهرة أو المعروفة لرب العمل وقت التسليم.

وعليه فإن الفقه الحديث المصري "يقصر الأثر المبرئ للتقبل على العيوب الظاهرة وحدها، أي على تلك التي كان في استطاعة رب العمل أو من أنابه عنه أن يكشفها لو بذل في فحص العمل ما يبذله الشخص المعتاد."²⁰⁹

²⁰⁶ ياقوت. (د. ت). المرجع السابق. ف: 145. ص: 252.

²⁰⁷ ياقوت. (د. ت). المرجع السابق. ف: 149. ص: 256.

²⁰⁸ ياقوت. (د. ت). المرجع السابق. ف: 150. ص: 256-257. بتصرف.

²⁰⁹ ياقوت. (د. ت). المرجع السابق. ف: 162. ص: 267.

المطلب الثاني: التزام المقاول والمهندس المعماري بالضمان العشري وطبيعته:

إذا تعهد المقاول بتقديم مادة العمل كلها أو بعضها، فذلك يجعل منه مسؤولاً عن جودتها ونوعيتها، وعليه ضمانها لرب العمل، فإذا لم تتوافر في المادة الصفات التي كفل لرب العمل وجودها أو كان يوجد في المادة عيب ينقص من قيمتها فإن المقاول يكون ضامناً لهذه العيوب ويضمن المقاول هذه العيوب ولو لم يكن له علم بها. ولا يضمن العيوب التي كان رب العمل يعرف بها وقت إشادة البناء أو كان يستطيع أن ينتبه لها لو أنه فحص الشيء بعناية الرجل العادي، فإذا لم يثبت رب العمل أن المقاول قد أكد له خلو البناء من هذا العيب فهذا لا يكون المقاول ضامناً هذه العيوب لرب العمل، وكذلك إذا لم يثبت أن المقاول قد تعمد إخفاء العيب غشاً منه. ولا يضمن المقاول عيباً قد جرى العرف على التسامح فيه.

وكذلك فإن مسؤولية المقاول تتناول ضمان المادة عند تسليمها لرب العمل الذي يجب عليه أن يتحقق من حالتها، وذلك وفقاً للمألوف في التعامل، فإذا اكتشف عيباً يضمنه المقاول وجب أن يخطر به خلال مدة معقولة، فإن لم يفعل عدّ قابلاً للشيء، أما إذا كان العيب مما لا يمكن الكشف عنه بالفحص المعتاد ثم كشفه رب العمل وجب عليه إخطار المقاول بذلك بمجرد ظهوره وإلا عدّ قابلاً للبناء بما فيه من عيب، وإذا أخطر رب العمل المقاول بالعيب بالوقت الملائم كان له أن يرجع عليه بالضمان وتبقى دعوى الضمان قائمة ولو هلك البناء لأي سبب كان، وتسقط الدعوى إذا انقضت سنة من وقت تسليم البناء إلى رب العمل ولو لم يكتشف رب العمل العيب إلا بعد ذلك، وليس للمقاول التمسك بمدة السنة لتتام النقاد إذا ثبت أنه تعمد إخفاء العيب غشاً منه.

الفرع الأول: طبيعة الضمان العشري والنتائج المترتبة عليه:

أما عن طبيعة الضمان العشري. فهل تعد هذه المسؤولية مسؤولية عقدية أم تقصيرية؟.. إن "ما يذهب إليه معظم الفقه الفرنسي، والعربي، إذ يرى أن المسؤولية التي تترتب بمقتضى أحكام المسؤولية العشرية (الضمان الخاص) إنما هي مسؤولية من طبيعة عقدية."²¹⁰ إن أحكام القضاء المصري استقرت منذ زمن طويل، "أن الضمان الخاص للمهندس المعماري والمقاول يقوم على

²¹⁰ الأحمدي. (2022). مرجع سابق. ص: 45.

المسؤولية العقدية، لأنه يستند إلى الإخلال بالتزام عقدي أنشأه عقد المقاولة في ذمة المقاول بأن تكون المباني المشيدة خالية من العيوب.²¹¹

وهذا ما استقر عليه القضاء الفرنسي أيضاً في النهاية من بعد أن ظل مدة من الزمن يعدها تقصيرية. "وتحديد الطبيعة العقدية لهذه المسؤولية له أهمية في تحديد الجزاء المترتب عليها، بحيث سينحصر في التعويض عن الضرر المتوقع عادةً وقت التعاقد من دون الضرر غير المتوقع، ما لم يكن هناك غش، أو خطأ جسيم، من المقاول أو المهندس وفقاً للقواعد العامة للمسؤولية المدنية.²¹²

أولاً: النتائج المترتبة على المسؤولية العقدية:

أما عن النتائج التي رتبها كل من القضاء المصري والفرنسي على أساس هذه المسؤولية، فهي تختلف حسب حجم الضرر ، فمثلاً...

1_ في الأضرار المتوسطة.. والتي هي نوع من العيوب غير ظاهرة وغير معلومة من رب العمل وقت التسلم، لا تخضع للضمان العشري لعدم خطورتها حسب الفقه والقضاء الفرنسي. ووجه التوسط فيها أنها تقع في منطقة وسط بين الضمان العشري والضمان ذي العامين: فلا يغطيها الأول لأنها لا تعرض متانة البناء للخطر. ولا يسري عليها الثاني لأنها لا تصيب العناصر التجهيزية، بل العناصر التأسيسية في البناء. ومن أمثلتها من تطبيقات القضاء الفرنسي، تسرب المياه من المرافق الصحية للبناء إلى المخازن (والجراجات) الموجودة تحته على نحو يلحق أضراراً مالية بأصحابها، دون أن يؤثر في متانة البناء أو صلاحيته للغرض الذي أعد له. ولرب العمل في هذه الحالة أن يطلب تعويضاً عن مثل هذه الأضرار رغم عدم خضوعها للضمان العشري، لاسيما إذا أثبت الخطأ في جانب المهندس المعماري والمقاول، إعمالاً للقواعد العامة في المسؤولية العقدية.²¹³

على خلاف المحاكم المصرية، إذ "لا تتردد في رفض التعويض عنها، احتراماً لقصد المشرع الواضح في عبارة

²¹¹ ياقوت. (د. ت). مرجع سابق. ف: 193. ص: 299.

²¹² الأحمد. (2022). مرجع سابق. ص: 47.

²¹³ ياقوت. (د. ت). مرجع سابق. ف: 194. ص: 300. بتصرف.

وبرأيي.. إن القوانين لم توضع لكي تخالف.. والأجدر بالقضاء أن يحترم التشريع أولاً ولا يخالفه قبل السعي لتحقيق العدالة بألا يترك ضرر دون تعويض.. وإن رأى ظمناً بذلك فالأجدر به أن يسعى ليشرع قوانين جديدة تحيط بمثل هذه الحالات وتعالجها، فتصبح قانوناً ملزماً واجب التطبيق.

2_ أما عن الأضرار بعد العشرية.. وهي الأضرار أو العيوب التي تظهر في البناء بعد انقضاء المدة

المحددة في القانون للضمان الخاص، ولو أدت إلى التهدم الكلي. فالمشرع حدد مدة العشر سنوات من وقت التسليم، على اعتبار أنها كافية لاختبار متانة البناء وصلابته، فإذا لم يحدث فيه عيب طوال هذه المدة، فقد انقضت مدة الضمان، ولا عبء بالعيوب الذي يظهر بعد ذلك، حتى لو كان العيب يرجع إلى مخالفة عمدية للشروط والمواصفات المتفق عليها. وهو قول يتفق في جملته مع القضاء المستقر لمحكمة النقض الفرنسية.²¹⁵

ولكن هل يختلف الأمر لو أسس رب العمل رجوعه على المعماري على قواعد المسؤولية التقصيرية..

ثانياً: النتائج المترتبة على المسؤولية التقصيرية:

لا خلاف في أن رب العمل لا يستطيع الجمع أو الخيرة بين قواعد المسؤولية العقدية المقررة في المادة 651 مدني مصري و 1792 مدني فرنسي وبين قواعد المسؤولية التقصيرية في المادة 163 مدني مصري و 1382\ مدني فرنسي، في رجوعه على المهندس والمقاول عن الأضرار المترتبة على الإخلال بالتزاماتهما العقدية بمقتضى المقولة، لاسيما الالتزام بضمان العيوب الخفية في البناء. لكن هناك حالتين يجيز القضاء الفرنسي فيهما مثل هذا الجمع، بحجة خروج الخطأ المنسوب إلى المعماري فيهما عن نطاق العقد: الحالة الأولى هي حالة الغش، والحالة الثانية هي حالة الرجوع بدعوى الحلول.²¹⁶

²¹⁴ ياقوت. (د. ت). المرجع السابق. ف: 195. ص: 301.

²¹⁵ ياقوت. (د. ت). المرجع السابق. ف: 196. ص: 302. بتصرف.

²¹⁶ ياقوت. (د. ت). المرجع السابق. ف: 197. ص: 303.

1_ في القانون الفرنسي:

أ_ حالة الغش: يذهب القضاء الفرنسي إلى جواز رجوع رب العمل على المعماري الذي استعمل الطرق الاحتيالية أو ارتكب الغش أو تعمد عدم تنفيذ التزاماته، في خلال ثلاثين سنة من تاريخ تحقق الضرر، بقطع النظر عن توافر شروط الضمان الخاص المقررة في المادتين 1792 و 2270 مدني فرنسي أو عدم توافرها. ويتأسس هذا القضاء على أحد أساسين: إما على أساس أن الغش أو التدليس يمثل خطأ خارجياً عن نطاق العقد، ومن ثم فهو خطأ ذو طابع تقصيري، وبهذه الصفة يدخل ضمن نطاق تطبيق المادة 1382 مدني فرنسي. أو على أساس أن الخطأ العمدي من شأنه أن "يعدل" من طبيعة المسؤولية ويحولها من عقدية إلى تقصيرية، وذلك إعمالاً للقاعدة القائلة بأن "الغش يفسد كل شيء"، وحتى لا يستفيد الغشاش من غشه²¹⁷.

ويكفي لتوافر حالة الغش أو التدليس، أن يعتمد المعماري سوء الصنعة حتى ولو لم يقصد من ذلك الإضرار برب العمل. أو إذا كان المعماري الذي ارتكب خطأ أو إهمالاً، عمدياً أو غير عمدي، قد أخفى هذا الخطأ أو العيب المترتب عليه، حتى يتجنب رجوع رب العمل عليه في أثناء مدة الضمان المحددة في القانون. وقد يتمثل الإخفاء في قيام المعماري بأعمال إخفاء مادية أو بغش معنوي يقلل من جسامه العيب وخطورته في نظر رب العمل²¹⁸.

ب_ حالة رجوع رب العمل بدعوى الحلول.. "إذا التزم رب العمل باعتباره حارساً للبناء بتعويض الغير المضرور بسبب عيوب البناء أو تهدمه بعد التسليم، كان له أن يرجع على المعماري بمقتضى قواعد المسؤولية التقصيرية في المادة 1382 مدني فرنسي، دون التقيد بأحكام الضمان الخاص في المادتين 1792 و 2270 مدني فرنسي، على ما يجري عليه القضاء الفرنسي بصفة مستقرة."²¹⁹

وفي هذه الحالة لا يجوز للمعماري المدعى عليه من قبل رب العمل دفع دعواه بحجة مضي عشر سنوات على النقب، لأن الغير المضرور لو كان هو من يطالب المعماري بهذه الدعوى مباشرة ما كان للمعماري أن يدفع بهذا

²¹⁷ ياقوت. (د. ت). المرجع السابق. ف: 198-199. ص: 304. بتصرف.

²¹⁸ ياقوت. (د. ت). المرجع السابق. ف: 201. ص: 306. بتصرف.

²¹⁹ ياقوت. (د. ت). المرجع السابق. ف: 202. ص: 306.

الدفع بمواجهته لأن مسؤوليته نحوه تقصيرية.

وبالمقابل يجدر على رب العمل أن يؤسس دعواه بمواجهة المعماري على أركان المسؤولية التقصيرية. ويقتصر حقه في هذه المطالبة فقط في استرداد المبالغ التي دفعها للمضرور كتعويض.

2_ في القانون المصري:

"رغم أنه يرفض الجمع بين نوعي المسؤولية، لأنه يسمح لرب العمل بالاختيار بين النظامين. فضلاً عن أن ذلك التطبيق يؤدي في آخر الأمر إلى تمكين رب العمل من الرجوع على المهندس المعماري والمقاول بالمسؤولية في حالات تمنعه فيها المادة 651 مدني مصري، لاسيما بعد انقضاء المدة المحددة للضمان؛ إلا أنه يبين ضرورة التفرقة بين حالة الغش وحالة دعوى الحلول".²²⁰

حيث حكمت المحاكم المصرية "بأن الغش يحرم المعماري من الاستفادة بمدة الضمان القصيرة في المادة 651 مدني مصري، بحيث يمكن إلزامه بالتعويض عن العيوب التي ظهرت بعد انقضائها"²²¹.

"أما فيما يتعلق بدعوى الحلول.. إن نظام الحلول يؤدي وظيفة هامة في إعادة التوازن الذي اختل بسبب خطأ المعماري، ويحقق العدالة عن طريق تجنب نتائج اختيار المضرور توجيه دعواه ضد أي من المسؤولين: المالك أم المعماري".²²²

لذلك فإن رأي القضاء المصري_ الذي عد رجوع رب العمل على المعماري بعد تعويضه للغير المضرور يشترط لكي يُقبل أن تتوافر فيه جميع شروط الضمان الخاص_ يلقي نقداً كبيراً من الفقهاء والمجتهدين المصريين فلا يتفقون وهذا الرأي بل على العكس يرون أنه على القضاء المصري أن يسير في نفس الاتجاه الذي سار عليه القضاء الفرنسي.

وفي خلاصة القول يثار جدلاً عدة تساؤلات.. مثل:

²²⁰ ياقوت. (د. ت). المرجع السابق. ف: 204. ص: 310. بتصرف.

²²¹ ياقوت. (د. ت). المرجع السابق. ف: 205. ص: 311.

²²² ياقوت. (د. ت). المرجع السابق. ف: 206. ص: 312.

كيف نفسر أن يكلف رب العمل بإثبات خطأ مقاول البناء لرجوعه بالدعوى العقدية، في حين تقضى

القواعد العامة في عقد المقاولة بأن التزام المقاول بصنع شيء التزام بتحقيق غاية معينة؟

وكيف نفسر أن تتعدم مسؤولية مقاول البناء عن تدمره بعد انقضاء عشر سنوات على النقل، بينما يبقى مقاول

البناء مسؤولاً عن مجرد تشقق حوائطه بما لا يؤثر في متانته لمدة ثلاثين عاماً؟

أو أن يكون رجوع رب العمل على المقاول بمقتضى قواعد المسؤولية التقصيرية لمجرد تبرير دعواه بعد انقضاء

مدة الضمان العقدي؟²²³

إن القضاء الفرنسي قد اضطر تحت ضغط مقتضيات العدالة والمصلحة العملية فيما يعرض عليه من

قضايا في هذا المجال، إلى إنشاء نظام جديد للمسؤولية مخالف لنظام المسؤولية الخاصة في المادتين 1792،

2270 مدني [فرنسي]. هذا النظام الجديد، على الرغم من تسميته الشائعة بنظام مسؤولية القواعد العامة، إلا أنه

في حقيقة الأمر يختلف في كثير من أحكامه التي ابتدعها القضاء الفرنسي، عن القواعد العامة بالمعنى

المعروف.²²⁴ وهذا ما يفسر التساؤلات السابقة.

إن المشرعين المصري والفرنسي قصدا من وضع المواد 651 و 1792، 2270 سالف الذكر، تحقيق

قدر معين من التوازن المحسوب بين مصالح الأطراف المعنية، فيما يتعلق بالمسؤولية عن عيوب البناء بعد تقبل

العمل. ولا يمكن لهذا التوازن أن يتحقق على الوجه الذي أراده المشرع، طالما أن القضاء يسمح في أحكامه

بتطبيق بعض القواعد العامة في قانون المسؤولية المدنية بالتوازي و جنباً إلى جنب، مع القواعد الخاصة

المنصوص عليها في هذه المواد.²²⁵

ولذلك.. ففي مقابل افتراض المسؤولية بقوة القانون، ومنع الحد منها أو استبعادها بالاتفاق، تنعدم

هذه المسؤولية نهائياً بمضي عشر سنوات على تقبل الأعمال.

و إذا كان هناك انطباع عام بأن اعتبارات العدالة والمصلحة العملية أصبحت تقتضي إعادة النظر في هذا

²²³ ياقوت. (د. ت). المرجع السابق. ف: 207. ص: 313.

²²⁴ ياقوت. (د. ت). المرجع السابق. ف: 207. ص: 312.

²²⁵ ياقوت. (د. ت). المرجع السابق. ف: 207. ص: 313.

التوازن، على نحو يسمح بمزيد من الحماية لرب العمل. وإذا كان هناك شعور عام بأن أحكام الضمان الخاص في المادة 651 أصبحت قاصرة عن تحقيق هدفها في دفع المماريين إلى بذل أقصى عناية ممكنة في العمل. فإن المفروض أن يتولى المشرع مهمة إعادة النظر في هذا الأمر، لا أن تترك هذه المهمة للقضاء ليقوم بها من خلال أحكامه في المنازعات الفردية.

فمن وظيفة المشرع أن يبقى قريباً من اتجاهات القضاء، وأن يتدخل كلما دعت الحاجة إلى تقنين اتجاه معين منها، أو إلى تصحيح أو إلغاء آخر، حتى يكون التطور دائماً في الاتجاه الصحيح.²²⁶

الفرع الثاني: سبب الضمان:

غالباً ما يكون سبب الضمان عيباً في التصميم الذي وضعه المهندس المعماري والأصل أن يكون هذا العيب من مسؤوليته وحده دون المقاول.

"ولكن إذا كان العيب في التصميم من الوضوح بحيث لا يخفى على المقاول، لاسيما إذا كان العيب يتعلق بمخالفة قوانين البناء ولوائحه، وأقدم المقاول على تنفيذ التصميم بالرغم من العيب الموجود فيه، فإن المقاول يكون أيضاً ملتزماً بالضمان."²²⁷

ويمكن أن يكون العيب في المواد المستخدمة في البناء أو في الأرض أو في الأداء.. وعلى هذا فإن "الأصل المسلم به في عقد المقاولة بوجه عام، هو أن حصول التقبل من رب العمل للعمل يبرئ ذمة المهندس المعماري والمقاول بالنسبة للعيوب الظاهرة وحدها، لكنه لا يبرئها بالنسبة للعيوب الخفية، التي يظل كل منهما مسؤولاً عنها طيلة مدة الضمان الخاص."²²⁸

حيث نصت المادة 1792 من تقنين نابليون لسنة 1804: (يكون المهندس المعماري والمقاول مسؤولين عن التهدم الكلي أو الجزئي فيما شيداه من منشآت، إذا نتج هذا التهدم عن عيب في البناء، أو حتى عن عيب في

²²⁶ ياقوت. (د. ت). المرجع السابق. ف: 208. ص: 314. بتصرف.

²²⁷ ياقوت. (د. ت). المرجع السابق. ف: 42. ص: 104.

²²⁸ ياقوت. (د. ت). المرجع السابق. ف: 43. ص: 105.

الأرض، وكان البناء قد شيد بأجر مقدر جزافاً، وذلك لمدة عشر سنوات).

"لكن الفقه اكتفى بالقول أن الخلل أو العيب في البناء الذي يهدد متانة المبنى وسلامته، يكفي وحده لقيام

الضمان الخاص للمهندس المعماري والمقاول، وأنه ليس من الضروري أن يحدث التهدم بالفعل، طالما أن الخلل

الذي تم اكتشافه في البناء من شأنه أن يعرض متانة هذا الأخير وسلامته للخطر. وعلى ذلك أيضاً استقرت

أحكام القضاء بصفة نهائية، سواء في فرنسا أم في مصر²²⁹.

"ولا يشترط أن يكون خطر التهدم أو السقوط متحققاً وداهماً أو وشيك الوقوع، بل يكفي أن يثبت لقاضي الموضوع

أن الخلل أو العيب المكتشف في البناء قد بلغ حداً من الجسامة تجعله يعرض متانة البناء وسلامته للخطر.²³⁰

"ويتمتع قضاة الموضوع في هذا الصدد بسلطة تقديرية مطلقة.²³¹

وتكون العبرة هنا بمتانة المبنى في مجموعه أو بسلامة أحد أجزائه الكبيرة أو الأساسية فحسب، فلا يعتد

بالعيوب التي تعرض للخطر متانة العناصر الثانوية للمباني أو سلامة الأعمال الصغيرة فيه وحدها. فإذا كان

العيب مثلاً في الدهان، أو في البياض، أو في البلاط، أو في الأبواب، أو في النوافذ أو في الزجاج، أو في غير

ذلك من الأعمال الصغيرة الأخرى بحيث لا يكون من شأنه أصلاً أن يهدد سلامة البناء أو متانته، فإنه لا يعد

ضرراً خطيراً بالمعنى المقصود هنا، ولا يوجب بالتالي الضمان العشري.²³²

و قد أعطى المشرع الفرنسي رب العمل حق الاختيار _عند رجوعه على المعماري، بمقتضى مسؤولية

القواعد الخاصة، عن عيوب البناء _ بين ثلاثة دعاوى مختلفة، وذلك في أثناء السنة التالية على تقبل العمل. فهو

قد يستعمل دعوى الضمان العشري، بالنسبة للأضرار الخطيرة، وقد يستعمل دعوى ضمان جودة التشغيل بالنسبة

للخلل في أداء عناصر التجهيز في البناء لوظائفها، لكنه قد يفضل الرجوع على المقاول بمقتضى دعوى ضمان

التشطيب حتى فيما يتعلق بالنوعين السابقين من الأضرار.

²²⁹ ياقوت. (د. ت). المرجع السابق. ف: 49. ص: 119.

²³⁰ ياقوت. (د. ت). المرجع السابق. ف: 49. ص: 120.

²³¹ ياقوت. (د. ت). المرجع السابق. ف: 49. ص: 121. هامش: 283. نقض مدني فرنسي 1967/11/5 بولتان سنة 1967 ص: 291.

²³² ياقوت. (د. ت). المرجع السابق. ف: 49. ص: 121.

ذلك أن هذه الدعوى الأخيرة، تمتاز عن سابقتها في أنها تسمح لرب العمل بالحصول على إصلاح عيني على وجه السرعة لكل أنواع الخلل والعيوب والأضرار، بقطع النظر عن درجة خطورتها، أو عن موضعها من العناصر التي تدخل في تكوين العمل المعماري ككل. غير أنه مما يعيب هذه الدعوى، أحياناً، أنها لا تُقبل إلا في مواجهة المفاوض وحده، دون غيره من المماريين الآخرين الذين ساهموا معه في القيام بعملية أو أكثر من عمليات التشييد والبناء، مثل المهندس المعماري أو المهندس الاستشاري. لكن المفاوض يستطيع، بعد قيامه بإصلاح الخلل على حسابه الخاص، وفقاً لالتزامه بضمان التشطيب قبل رب العمل، الرجوع بدوره على باقي المماريين المشتركين معه في عملية البناء، إلا أن رجوعه هنا، سوف يكون قائماً على أساس المسؤولية التقصيرية، أي عن طريق إثبات الخطأ في جانب المدعى عليه، وفقاً للقواعد العامة.²³³

إن منطق النصوص التشريعية المصرية، لا يمنع من القول باقتفاء أثر التشريع الفرنسي والسير قدماً في نفس اتجاهه. بل يبدو أن الاعتبارات التي دفعته إلى تقرير ضمان التشطيب إلى جانب كل من الضمان ذي العامين والضمان العشري، هي اعتبارات عامة، لا ينفرد بها المجتمع الفرنسي. فلم يعد من المقبول في العصر الذي نعيش فيه:

__ أن يظل قانون المسؤولية المهنية ساكناً، عاجزاً عن التجاوب مع المتطلبات الحديثة لصناعة البناء، في الوقت الذي تمر فيه هذه الصناعة بتطورات هائلة؛ وإن تدرج مسؤولية القواعد الخاصة، وما يستتبعه ذلك من تفرقة في شروط وأثار المسؤولية بالنسبة لكل درجة منها على حدة، هو أمر تقتضيه اعتبارات الواقع والمنطق والقانون جميعاً. أليس في إدخال مثل هذا التدرج في قانوننا الوضعي ما يضمن حث المماريين على بذل كل جهد وعناية ممكنة في عملهم؟، سواء تعلق هذا العمل بعملية التشييد والتأسيس بالمفهوم الضيق للكلمة، أم بعمليات أخرى متنوعة متصلة بها ومكملة لها، مثل أعمال التجهيز وأعمال التشطيب. أليس من شأن تقرير هذا التدرج في القانون المصري ما يحقق العدالة المطلوبة في هذا الميدان؟، ليس فقط عن طريق تخفيض مدة الضمان بالنسبة

²³³ ياقوت. (د. ت). المرجع السابق. ف: 58. ص: 143.

للعيوب غير الخطيرة، بل أيضاً بتقليل عدد القضايا التي تزدحم بها محاكمنا بالنسبة لعيوب طفيفة، حتى تتفرغ للنظر في قضايا العيوب الخطيرة.²³⁴

الفرع الثالث: تخفيف المسؤولية من الضمان:

إن "كل عقد مقاوله أو أشغال عامة يتضمن الإعفاء من المسؤولية العشرية نتيجة تدهم البناء أو وجود عيب فيه خلال مدة عشر سنوات فإن الشرط الوارد فيه يكون باطلاً لمخالفته القانون".²³⁵

إلا أن السعي إلى إيجاد توازن بين مصلحة المعمارين من جهة والتشدد في مسؤوليتهم من جهة أخرى هو ما ذهب إليه المشرع المصري. لذلك عدّ إبقاء مسؤولية المعمارين قائمة عن تدهم البناء وعيوبه بعد انقضاء مهلة العشر سنوات المحددة في القانون المصري ، يحمل مهنة المقاول والمقاولين أعباء ثقيلة.

إذ اعتبر أن ذلك من شأنه أن يسلط على هؤلاء المهنيين لمدد طويلة بعد إنجاز الأعمال وتسليمها، سلاح المسؤولية والتعويض عن أخطاء مهنية غير محدودة مخاطرها، مما يؤدي إلى قتل روح الابتكار والإبداع الفني عندهم، وعزوفهم عن استخدام الأساليب الجديدة في البناء، خوفاً من شبح المسؤولية المسلط عليهم. ولذلك نجد أن العديد من تشريعات الولايات المتحدة الأمريكية، قد حددت مدة ضمان المعمارين بسبع سنوات فقط، من أجل تشجيع المعمارين على التجديد والإبداع في العمل.²³⁶

"حتى البنود الجزائية التي تحدد التعويضات المتوجبة على المقاول في حال تخلفه غالباً ما هي من القانون العام وهي بالتالي خاضعة لسلطة التخفيض القضائي المنصوص عليه في المادة 1152 من القانون المدني".²³⁷

وكذلك تخضع البنود التي تعفي من المسؤولية أو تحددها، للقانون العام أيضاً مما يستدعي أن تكون

صحيحة مع مراعاة أربعة استثناءات ناجمة عن هذا القانون العام:

²³⁴ ياقوت. (د. ت). المرجع السابق. ف: 60. ص: 147.

²³⁵ الأحمد. (2022). مرجع سابق. ص: 41.

²³⁶ ياقوت. (د. ت). مرجع سابق. ف: 170. ص: 277.

²³⁷ بنيابنت. (2004). مرجع سابق. ف: 539. ص: 398. بتصرف.

1. في العلاقات بين المهنيين والجهلة في المهنة تخضع هذه البنود لرقابة البنود التعسفية التي مدّتها محكمة النقض إلى عقد المقاوله رغماً عن غياب نص تنظيمي؛ فبند اللامسؤولية الذي يوفر فائدة مفرطة للمهني يعد باطلاً عندما يستطيع الأخير، بفعل مركزه الاقتصادي، أن يفرضه على زبونه.
 2. لا يمكن أن تعفي بنود اللامسؤولية من الالتزام الذي يشكل جوهر العقد وتعفي هكذا مسبقاً المقاول من موجهه الأساسي أو المقدّم منه كأساسي.
 3. لا يمكن أن تتعلق هذه البنود بالأضرار الجسدية التي تصيب الزبون لأن الجسم البشري هو خارج التجارة (مما يستبعد أي بند متعلق ببنود الأمن).
 4. ليس لتحديدات المسؤولية دور في حالة خطأ المقاول الجسيم.²³⁸
- ومن حيث النتيجة فقد "قرر القانون المدني في فرنسا ومصر والجزائر وسورية بطلان كل شرط يقصد به التخفيف أو الحد من المسؤولية العشرية للمقاول والمهندس المعماري".²³⁹
- المطلب الثالث: دعوى المشتري بالضمان العشري بمواجهة المقاول أو المهندس:**
- عندما تتحقق عناصر الضمان يتولد للمضروب، وهو رب العمل في الأصل، حق إقامة دعوى الضمان بمواجهة المهندس أو المقاول أو كليهما معاً. كذلك يكون لخلف رب العمل العام والخاص، الصفة في إقامة هذه الدعوى. وبالتالي علينا أن نوضح مفهوم دعوى الضمان العشري من خلال:

الفرع الأول: مضمون دعوى الضمان العشري:

"ويسلم الفقه المصري ، والفقه الفرنسي، معاً بالإجماع، بأن للخلف الخاص، أيضاً، الحق في الاستفادة من مسؤولية القواعد الخاصة المقررة في المادة 651 مدني مصري ، المقابلة للمادتين 1792، 2270 مدني فرنسي، في رجوعه على المهندس المعماري والمقاول، فيما قد يظهر في البناء المشيد من عيوب في خلال المدة

²³⁸ بنيابنت. (2004). المرجع السابق. ف: 540. ص: 398. بتصرف.

²³⁹ الأحمد. (2022). مرجع سابق. ص: 41.

القانونية للضمان الخاص.²⁴⁰ "فالضمان العشري يرتبط أساساً بالملكية العقارية، ويسير معها حيثما سارت، وينتقل إلى المالك الجديد."²⁴¹

"هو أن الحق في الرجوع بالضمان الخاص على المهندس المعماري والمقاول فيما يظهر في المبنى من عيوب، يعد حماية قانونية مرتبطة بملكية المبنى المشيد ارتباطاً وثيقاً، وغير متصلة بشخصية رب العمل وحده بالذات، دون غيره من الأشخاص الآخرين الذين يمكن أن تنتقل إليهم ملكية هذا البناء."²⁴² "فالحق في الاستفادة من الضمان الخاص، ينتقل إلى الخلف الخاص دائماً، أي حتى ولو كان انتقال الملكية إليه لا يتضمن الضمان."²⁴³ وهذا ما جرى عليه القضاء الفرنسي "من ثبوت حق الخلف الخاص في الاستفادة من مسؤولية القواعد الخاصة في رجوعه على المهندس المعماري والمقاول، وذلك بنص صريح في المادة 1792 من التقنين المدني الحالي."²⁴⁴ ويمكن تحديد موضوع دعوى الضمان من خلال الاجتهاد المستقر لمحكمة النقض في قراراتها التي جاء فيها:

(إن المهندسين والمقاولين يضمنون متضامين ما يحدث في البناء من تهمد وتعييب، على النحو

المنصوص عليه في المادة 617 مدني. فيجوز للمطعون ضدهم الاقتصار في الإدعاء على المهندسين

الطاعين تبعاً للتضامن المشار إليه، وذلك عملاً بالمادة 285 مدني، وإن الفائدة عن التعويض والتكاليف المقدرة

لإصلاح البناء تسري اعتباراً من تاريخ انبرام الحكم بذلك. فذهاب الحكم المطعون فيه إلى الحكم بالفائدة من

تاريخ الإدعاء يستدعي نقضه من هذه الناحية.)²⁴⁵

و"لرب العمل أن يطلب في دعوى الضمان التنفيذ العيني. فإذا تهدم البناء مثلاً كله أو بعضه، فله أن يطلب

إعادة بناء ما انهدم. وله أن يطلب ترخيصاً من المحكمة في أن يعيد بناء ما انهدم على نفقة المدين بالضمان،

²⁴⁰ ياقوت. (د. ت). مرجع سابق. ف: 28. ص: 75.

²⁴¹ الأحمد. (2022). مرجع سابق. ص: 76.

²⁴² ياقوت. (د. ت). مرجع سابق. ف: 28. ص: 76.

²⁴³ ياقوت. (د. ت). المرجع السابق. ف: 28. ص: 77.

²⁴⁴ ياقوت. (د. ت). المرجع السابق. ف: 28. ص: 78.

²⁴⁵ النبواني، فاضل. (1991). الاجتهاد المدني الحديث، خلال عشرة أعوام من 1979 - 1988. (ج: 2). الطبعة الأولى. قا: 993. ص:

684. قرار 2182 أساس 608 تا 1983/11/21.

المهندس أو المقاول أو كليهما بالتضامن.²⁴⁶

وعليه فإن من شأن الضمان أن يرتب على كل من المهندس والمقاول مسؤولية التعويض الكامل على المالك عن الضرر الذي لحقه بسبب عيب البناء، ولا يجوز لأي منهما أن يتمسك حيال رب العمل بأوجه الدفع الخاصة بالأخر ما لم تكن هذه الدفع خاصة به أو مشتركة ما بينه وبين بقية المدينين. (المادة 2/285 مدني سوري) والتعويض إما أن يكون عينياً وبموجبه يلتزم الضامن بإعادة البناء أو أن يكون نقدياً الغاية منه إلزام الضامن بدفع مبلغ يتناسب مع الضرر الحاصل.

وللمحكمة حق الخيار بين الحكم بإعادة البناء أو دفع التعويضات وليس للمالك أن يطلب في كل الأحوال الإصلاح العيني، لأن الأمر غير معلق بتنفيذ الالتزام التعاقدى الذي سبق للمقاول أن وفاه بالتسليم، وإنما يتعلق الأمر بضمان إضافي خوله القانون.

"ومن ناحية أخرى فالتنفيذ العيني قد يقتضي ثمناً باهظاً لا يتناسب مع مدى الضرر فيكون مرهقاً للمدين، ومع ذلك فإذا جنحت المحكمة لإلزام الضامن بالإصلاح العيني، فإنه ينبغي في الإصلاح أن يزيل سبب الضرر الناجم عن العيب، ولا يستبعد الحكم بالإصلاح مع التعويض أيضاً إذا كان من شأن الإصلاحات أن تجعل العيوب مقبولة.²⁴⁷

وفي حال إحداث الإصلاح العيني زيادة في قيمة العقار، كأن تكون المواد الجديدة أفضل من المواد الواردة في المقايضة أو أن يتم إجراء أعمال إضافية، وجب مراعاة الزيادة، ويجوز مطالبة المالك بها بدعوى الإثراء على حساب الغير.

"ويشمل التعويض ما لحق رب العمل من خسارة وما فاتته من ربح أو انتفاع بسبب العيب، إلا أنه يتعين ألا يدخل في التعويض إلا الضرر المباشر والمتوقع حصوله ما لم يكن هناك غش أو خطأ جسيم، فيشمل التعويض

الضرر المباشر ولو لم يكن متوقع الحصول.²⁴⁸

²⁴⁶ السنهوري. (2000). مرجع سابق. ف: 68. ص: 125.

²⁴⁷ شنب. (1962). مرجع سابق. ص: 147.

²⁴⁸ مرسى. (1953). مرجع سابق. ص: 498.

وكذلك يمكن أن يكون المنتفع الحقيقي بالبناء المشيد شخصاً آخر غير رب العمل الذي تعاقد بموجب

عقد المقاولة مع مقاول أو مهندس معماري.

فمثلاً عندما يتولى المقاول عملية البناء بنفسه ولحسابه الخاص، دون الارتباط مع أحد بعقد مقاولة، بقصد بيعه للغير، سواء أبرم البيع بعد إتمام البناء أو حتى قبل ذلك، لا يمكن القول بأن المشتري خلف خاص لرب العمل في عقد مقاولة، ومن ثم فإن هذا المشتري لا يجوز له أن يستفيد من أحكام الضمان الوارد في المادة 651 مدني مصري في (رجوعه على المقاول وعلى الرغم من كونه مالكا للمبنى وقت تهدمه أو ظهور العيب فيه). أو مثلاً عندما يرتبط المهندس المعماري أو المقاول متولي عملية البناء، مع مالك العقار، ولكن بعقد آخر غير عقد المقاولة، وعلى وجه التحديد، بعقد الوكالة أو بعقد التمويل العقاري. ففي هذه الحالة أيضاً، لا يمكن القول، بأن مالك البناء نفسه، ومن باب أولى خلفه العام أو الخاص، يستطيع الاستفادة من أحكام الضمان الخاص المنصوص عليه في المادة 651 مدني مصري، وذلك لعدم وجود عقد مقاولة أصلاً.

هذا فيما يتعلق بالقانون المصري. أما فيما يتعلق بالقانون الفرنسي فمالك العقار في كل فرض من الفروض الخاصة التي ذكرناها حالاً يستفيد بصفة أصلية من مسؤولية القواعد الخاصة المنصوص عليها في المادتين 1792، 2270 من ذلك التقنين، في رجوعه على المهندس المعماري والمقاول، بقطع النظر عن مسألة ارتباطه مع أحدهما بعقد مقاولة. وقد قضت محكمة النقض الفرنسية في حكم لها، تطبيقاً لذلك، بإلزام المهندس المعماري بتعويض مستأجر البناء، عن الأضرار التي لحقت من جراء الخلل في البناء الذي ظهر فيه بعد مضي أكثر من عشر سنوات على تسلم العمل، لأنه أثبت خطأ المهندس المعماري بوضع التصميم.²⁴⁹

"بينما رفضت المحكمة في نفس القضية دعوى المالك باعتباره رباً للعمل في عقد المقاولة مع ذات المهندس المعماري المسؤول، على أساس انقضاء مدة العشر سنوات على تسلمه العمل، إعمالاً لمبدأ عدم جواز الجمع بين

المسؤولية التقصيرية والمسؤولية العقدية.²⁵⁰

"فإذا لم يكشف رب العمل الغش في خلال المدة المحددة في المادتين 651 مدني مصري و 1792 مدني

²⁴⁹ ياقوت. (د. ت). مرجع سابق. ف: 29. ص: 79. بتصرف.

²⁵⁰ ياقوت. (د. ت). المرجع السابق. ف: 29. ص: 81. هامش: 168.

فرنسي، فإنه يستطيع الالتجاء إلى دعوى المسؤولية التقصيرية، وهي لا تتقادم إلا بخمسة عشرة سنة من وقت وقوع الغش، أو بثلاث سنوات من وقت العلم بالغش بالنسبة للقانون المصري²⁵¹، "وبمضي ثلاثون سنة على وقوع الفعل الضار بالنسبة للقانون الفرنسي".²⁵² "وبمضي خمس عشرة سنة من يوم وقوع العمل غير المشروع وثلاث سنوات من يوم العلم فيه بالنسبة للقانون السوري وفقاً للمادة (173)."²⁵³

ولكن التقنين المدني الفرنسي لم يكتفِ في هذا الصدد بالمسؤولية أو الضمان العشري وحده، بل نص على حالتين جديدتين للمسؤولية الخاصة لا نظير لهما في القانون المصري. بالنسبة لطائفتين من الأضرار الأخرى غير الخطيرة نسبياً. إحداها تقررت لمدة عامين، وتغطي الأضرار المتعلقة بضمان حسن أداء عناصر التجهيز في البناء؛ والقابلة للانفصال عنه، لوظائفها المادة 3/1792 مدني فرنسي، المادة 6/1792 مدني فرنسي.²⁵⁴

الفرع الثاني: المدة القانونية للضمان العشري:

وفي الحديث عن نقطة بداية المدة القانونية للضمان:

حسب ما ورد في المادة 651 من القانون المدني المصري، أن مدة العشر سنوات تبدأ من وقت تسلم العمل.

وفسر الفقه المصري (تسلم العمل) أي قبوله وإقرار رب العمل بما قام به المقاول والمهندس من عمل بعد معاینته واعترافه بأنه قد تم صحيحاً موافقاً لشروط العقد بينهما وللأصول الفنية.

"وتكون مدة المطالبة بتعويض الضرر عشر سنوات بموجب المادة (1/2270) من القانون المدني الفرنسي تبدأ

من تاريخ حدوث المخالفة المسببة للضرر، وليس من تاريخ التسليم، وفقاً لما انتهت إليه المحكمة الإدارية في

²⁵¹ السنهاوري. (2000). مرجع سابق. ف: 67. ص: 164. هامش: 2.

²⁵² ياقوت. (د. ت). مرجع سابق. ف: 184. ص: 292.

²⁵³ المادة (173): (1- تسقط بالتقادم دعوى التعويض الناشئة عن الضرر غير المشروع بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي علم فيه المضرور بحدوث الضرر وبالشخص المسؤول عنه. وتسقط هذه الدعوى في كل حال بانقضاء خمس عشرة سنة من يوم وقوع العمل غير المشروع. 2-....)

²⁵⁴ ياقوت. (د. ت). مرجع سابق. ف: 61. ص: 148.

باريس.²⁵⁵ أضف أن محكمة النقض الفرنسية قضت أنه لا يحتسب من ضمن مدة العشر سنوات اليوم الذي حدث فيه تقبل العمل.

وعلى الرغم من أن المفاوض والمهندس المعماري لهما مصلحة واضحة في إثارة التقبل والتمسك به بمجرد إتمام الأعمال. إلا أنه "من المؤسف حقاً أن القانونين المصري والفرنسي، يسمحان بالنظر إلى التقبل الضمني، الذي يتم بدون حضور جميع الأطراف ذوي المصلحة فيه، والمستخلص مثلاً من مجرد التسلم الفعلي للعمل، على أنه تقبل قائم، يتعين الاعتداد به وترتيب كافة آثاره، كما لو كان تقبلاً قانونياً سليماً."²⁵⁶

وحبذا لو أن المشرع المصري والفرنسي نص بوضوح على وجوب أن يكون التقبل صريحاً.

وكثيراً ما يتم الاتفاق، في مقاولات المباني عموماً، على أن يكون تقبل العمل على مرحلتين، مرحلة أولى يكون التقبل فيها مؤقتاً، وتستمر فترة معينة، عادةً لمدة عام واحد، وبعدها يصبح التقبل نهائياً. وقد يبدي رب العمل بعض تحفظات على الأعمال عند تسلمها، ويقرر بالتالي أنه لا يقبل الأعمال قبولاً نهائياً، إلا بعد أن تزال أسباب ما أبداه عليها من تحفظات. ويطلق عليها في العمل اسم **التقبل المزدوج أو التقبل المقترن بتحفظات**. ولقد ذهب القضاء الفرنسي السابق على قانون 4 يناير سنة 1978، مؤيداً في ذلك من غالبية الفقه، الفرنسي والمصري على السواء، إلى أن مدة الضمان الخاص لا تبدأ من تاريخ التقبل المؤقت، بل من تاريخ التقبل النهائي، لأن هذا الأخير هو الذي يفيد القبول، وفقاً للإرادة المشتركة للمتعاقدین. لكن قانون 4 يناير سنة 1978، لم يأخذ بمثل هذا الحكم، ولم يفرق بين تقبل مؤقت أو نهائي.

وإن مسلك المشرع الفرنسي في تقرير سريان مدد الضمان من وقت التقبل المؤقت، وحتى من قبل إصلاح العيوب التي تم التحفظ في شأنها، هو مسلك يبرره، ويحد من مساوئه تقنين ذلك المشرع للالتزام بضمان التشطيب، الذي يكفل لرب العمل الإصلاح العيني "لكل خلل" في خلال السنة التالية على التقبل.²⁵⁷

²⁵⁵ الأحمـد. (2022). مرجع سابق. ص: 57.

²⁵⁶ ياقوت. (د. ت). مرجع سابق. ف: 61 مكرر. ص: 154.

²⁵⁷ ياقوت. (د. ت). المرجع السابق. ف: 62. ص: 156 - 157 - 158 - 159. بتصرف.

والسؤال الذي يثير نفسه هنا هو هل يجب اكتشاف العيب وظهوره فعلاً خلال العشر سنوات من تاريخ التقبل أم يكفي إثبات وجوده خلال هذه المدة حتى ولو لم ينكشف أو يظهر إلا بعد انقضائها...

وقضت محكمة النقض المصرية في حكم لها صادر في 1973/11/27، بأن مؤدى نص المادتين 651، 654 مدني مصري، أنه يشترط لتحقيق الضمان العشري للمهندس المعماري والمقاول عن أعمال البناء، أن يحصل التهدم أو يظهر العيب خلال مدة عشرة سنوات من تسلم رب العمل البناء. وكانت المحكمة العليا قد قضت بمثل ذلك في حكم سابق لها، صادر بتاريخ 1973/5/31، أعلنت فيه صراحة أن العبرة في تطبيق الضمان الخاص للمادة 651 مدني مصري، إنما تكون بتاريخ "انكشاف العيب" دون انتظار إلى تفاقمه حتى يؤدي إلى تهدم المبنى أو إلى اضطرار صاحبه إلى هدمه، وبتاريخ "الهدم الفعلي"، الكلي أو الجزئي، في حالة عدم انكشاف العيب الذي أدى إليه. فيفهم من عبارة هذين الحكمين، أن مناط تطبيق أحكام الضمان الخاص يكون "باكتشاف العيب" أو "ظهور الضرر" بالفعل في خلال المدة التي قررها القانون للضمان. وأنه لا يلتفت إلى العيوب أو الأضرار الأخرى، تلك التي تظهر أو تتكشف بعد فوات مدة الضمان.²⁵⁸

وقد قررت المحكمة الفرنسية العليا في حكمها هذا بأنه لا يكفي لتطبيق مسؤولية القواعد الخاصة وفقاً للمادتين 1792، 2270 مدني، أن يظهر العيب في البناء في أثناء المدة القانونية للضمان، وهي عشر سنوات من تاريخ التقبل، بل يجب أيضاً أن يتم رفع دعوى الضمان في خلال هذه المدة ذاتها. ورتبت محكمة النقض الفرنسية على ذلك، وجوب الحكم بعدم قبول الدعوى بعد انقضاء هذه المدة، حتى ولو ثبت ظهور العيب أو حصول التهدم بالفعل في أثنائها. ولقد أتيحت لمحكمة النقض الفرنسية الفرصة للتأكيد على إصرارها على التمسك بهذا المبدأ القانوني الهام، في أكثر من مناسبة.²⁵⁹

الفرع الثالث: الطبيعة القانونية لمدة الضمان العشري:

إن هذه المدة هي مدة اختبار لمتانة البناء وصلابته وسلامته وجودة تنفيذ الأعمال للغرض الذي شيدت من أجله،

²⁵⁸ ياقوت. (د. ت). المرجع السابق. ف: 67. ص: 163.

²⁵⁹ ياقوت. (د. ت). المرجع السابق. ف: 67. ص: 164.

وليس بمدة تقادم. فالتقادم مدة أخرى نص عليها المشرع السوري في المادة 620 من القانون المدني السوري ويقابلها المادة 654 من القانون المدني المصري وهي ثلاث سنوات من وقت حصول التهدم أو انكشاف العيب، وليس من وقت تقبل الأعمال.

ويترتب على ذلك، ألا تكون مدة العشر سنوات المنصوص عنها في القانون السوري في المادة 617 وفي القانون المصري في المادة 651، عرضة لأن توقف، ولو وجد مانع يتعذر معه على رب العمل أن يطالب بحقه في الضمان، كأن يكون غير كامل الأهلية، أو غائباً أو محكوماً عليه بعقوبة جنائية، وليس له نائباً يمثله قانوناً، كذلك لا تكون مدة الضمان العشري عرضة لأن تنقطع. كما يجوز الاتفاق على إطالة مدة عشر السنوات، لأن الممنوع هو الإعفاء أو الحد من الضمان لا التشديد فيه.²⁶⁰

وهذا ما دلت عليه الفقرة (1) من المادة (617) من القانون المدني السوري (1) _ ... أو كان رب العمل قد أجاز إقامة المنشآت المعيبة، ما لم يكن المتعاقدان في هذه الحالة قد أرادا أن تبقى هذه المنشآت مدة أقل من عشر سنوات (...)، فقد أجاز المشرع أن تكون مدة الضمان الخاص للمهندس المعماري والمقاول أقل من عشر سنوات، إذا كان المقصود من المنشآت أن لا تبقى طوال هذه المدة وفقاً لإرادتهما في التعاقد. أما في القانون الفرنسي فقد وافق كلا القانونين السوري والمصري فيما سبق، إلا أنه اختلف عنهما في:

أن مدة عشر السنوات هذه المنصوص عليها في المادتين 1792، 2270 مدني فرنسي، قصد منها أن تؤدي إلى جانب وظيفتها كمدة للضمان، وظيفة أخرى كمدة لرفع دعوى الضمان، أي أن دعوى الضمان ينبغي رفعها في مدة العشر سنوات التي يجب أن يظهر العيب أو يتحقق الضرر في خلالها. معنى ذلك، إذن، أنه إذا ظهر العيب أو وقع الضرر في اليوم الأخير من السنة العاشرة، فإن الضمان يغطيه، لكن دعوى الضمان لا يجوز سماعها في اليوم التالي، إذ تكون قد سقطت بالتقادم. ويترتب على ذلك، من وجهة نظر غالبية الفقه والقضاء الفرنسي، أن هذه المدة، بصفتها هذه، يمكن أن تنقطع في حالتين فقط: حالة رفع الدعوى الموضوعية

²⁶⁰ ياقوت. (د. ت). المرجع السابق. ف: 68. ص: 165. بتصرف.

على المهندس المعماري والمقاول، وحالة إقرار المهندس المعماري والمقاول بحق رب العمل في الضمان.²⁶¹
 "ومع ذلك، يبدو من تحليل أحكام المحاكم الفرنسية أن القضاء الفرنسي يميل في مجموعه إلى تغليب طابع الإسقاط الذي تتميز به هذه المدة على طابعها كمدة لرفع الدعوى."²⁶²

الفرع الرابع: أنواع الضمان:

ونخلص مما سبق إلى أن للضمان عدة أنواع أشار إليها وناقشها الفقه والشرح ونصها القانون حماية لحقوق رب العمل والأفراد (الغير) وتأكيداً على كل من حقوق والتزامات المقاول والمهندس المعماري. وأشير باختصار إلى أهمها:

أولاً: ضمان الإنجاز التام: (ضمان لسنة في التشريع الفرنسي).²⁶³

إن هذا الضمان يتعلق بالعيوب الظاهرة عند إتمام المقاول للعمل وإنجازه البناء أو بالعيوب التي تظهر في المدة التي تسبق محضر القبول باستلام العمل من قبل رب العمل، وليس يتعلق بالعيوب الخفية.
 فعند مراجعة رب العمل للعمل المنجز وقبل استلامه وتقبله، قد يظهر بعض العيوب التي يسهل عليه اكتشافها بنفسه كونها واضحة ولا تحتاج لأهل الفن والخبرة لاكتشافها، وفي هذه الحالة يشير إليها مباشرة ويطلب من المقاول إصلاحها أو إنجازها. وقد تظهر عيوب في المهلة التي تلي الإيعاز لرب العمل بسريانها تهيأة لإنجاز محضر القبول واستلام العمل كاملاً، وفي هذه الحالة على رب العمل عند ظهور هذه العيوب تنبيه المقاول عن طريق تبليغ خطي.

ولرب العمل في حال لم يستجب المقاول لذلك ولم ينفذ؛ الحق برفع دعوى عليه، وله أن ينفذ هذه الأعمال بموجب مقاول آخر على نفقة المقاول الأصلي.

"وقد أشار المشرع الفرنسي إلى تطبيق "الاستبدال" في المادة 1144، بأن صاحب العمل لا يحتاج إلى الحصول على إذن مسبق من القضاء: لا يتدخل القاضي إلا فيما بعد التثبت من هذا التنفيذ ولإدانة المقاول بتحمل الكلفة

²⁶¹ ياقوت. (د. ت). المرجع السابق. ف: 69. ص: 168.

²⁶² ياقوت. (د. ت). المرجع السابق. ف: 70. ص: 170.

²⁶³ هوييه. (2003). مرجع سابق. ف: 32431. ص: 1467. بتصرف.

(تتيح المادة 1144 منذ إصلاح عام 1991 لصاحب العمل، كما لأي دائن، أن يطلب إلى قاضي العجلة إدانة المقاول بتسليف المصاريف الضرورية).²⁶⁴

ثانياً: الضمان العشري:

وهو الضمان الذي يتعلق بالعيوب الخفية التي تتعرض لصلابة ومتانة البناء خلال مدة عشر سنوات تبدأ اعتباراً من تسلم وقبول رب العمل للبناء المنجز بمواجهة المقاول والمهندس المعماري. وهذا ما دلت عليه المادة (617) من القانون المدني السوري وما يقابلها المادة (651) من القانون المدني المصري.

"وقرينة المسؤولية هذه، التي لا تفيد صاحب العمل الأولي وحسب وإنما أيضاً المالكين اللاحقين للعمل، لا تستسلم إلا أمام إثبات حالة قوة قاهرة. (المادة 1792)."²⁶⁵ من القانون المدني الفرنسي.

ثالثاً: الضمان لسنتين (حسب القانون الفرنسي):

"يتعلق ضمان أقصر "بعناصر التجهيز" (الأبواب الكهربائية والسقوف المستعارة وتغليف الأرضية والمصاعد...) التي لا يجعل سوء عملها العقار غير صالح لمقصده: هناك عندئذ ضمان لسنتين يطبق دائماً اعتباراً من القبول. إذن يتعلق الأمر بضمان حقيقي: لا يبدو أن البناء يعفى بالقوة القاهرة."²⁶⁶

الفرع الخامس: مسؤولية المقاول والمهندس عن عيوب البناء اتجاه رب العمل:

تتحقق مسؤولية المقاول والمهندس عن عيوب البناء عند إخلال أحدهما بالتزام يجب عليه، ويترتب على هذا الإخلال ضرر أصاب الغير، وبالتالي يلزم تعويض الضرر الذي لحق الغير.

نتحدث بدايةً عن المسؤولية المدنية للمقاول والمهندس حيث تنقسم إلى نوعين: مسؤولية عقدية ومسؤولية

تقصيرية.

²⁶⁴ بنيابنت. (2004). مرجع سابق. ف: 603. ص: 439. بتصرف.

²⁶⁵ بنيابنت. (2004). المرجع السابق. ف: 604. ص: 440.

²⁶⁶ بنيابنت. (2004). المرجع السابق. ف: 605. ص: 440.

1. المسؤولية العقدية: تقوم على إخلال أحد الطرفين بالتزام عقدي، بعقد المقاولة الذي أبرماه وما اشتمل عليه من التزامات.

2. المسؤولية التقصيرية: تقوم عند الإخلال بالتزام قانوني واحد، لا يتغير وهو الإضرار بالغير، فهي حالة الشخص الذي يخالف التزاماً فرضه عليه القانون.

في الحديث عن المسؤولية الهندسية للمهندس قانوناً، فإنها تتحقق عندما يتخلف عن بذل العناية التي تتطلبها مهنته أو تحقيق الغاية التي أوجبها عليه المشرع، وهي ضمان المهندس لسلامة البناء من التهدم الكلي أو الجزئي مدة عشر سنوات. وقد كانت هذه المسؤولية في محل تساؤل حول تحديد طبيعتها المدنية، هل تعد مسؤولية عقدية أم تقصيرية.

من المعلوم أن المسؤولية لا تكون عقدية إلا إذا وجد عقد صحيح بين المضرور والمسؤول عن الضرر ووقع الضرر نتيجة إخلال أحد طرفي العقد بالتزامه العقدي، وبناء عليه يسهل القول أن مسؤولية المهندس هي مسؤولية تقصيرية كلما انعدمت الرابطة التعاقدية.

والرأي السائد في تكييف المسؤولية الهندسية و المجمع عليه فقهاً وقضاءً أن مسؤولية المهندس عن أخطائه المهنية إنما هي مسؤولية عقدية إذا توافر العقد المنظم بين المهندس والمقاول أو صاحب العمل، أو وجد بذلك اتفاقية مصادق عليها من نقابة المهندسين. وقد أخذ بذلك القضاء الفرنسي وتبعه القضاء المصري والسوري. وبالرجوع إلى قواعد المسؤولية العقدية نجد أن الخطأ العقدي هو عبارة عن انحراف إيجابي أو سلبي في سلوك المهندس المهني والذي يؤدي بالتالي إلى مساءلته. ومعيار هذا الانحراف هو سلوك الرجل المعتاد. وهذا ما نص عليه القانون المدني الأردني بقوله:

إذا كان المطلوب من المدين المحافظة على الشيء أو القيام بإدارته أو توكي الحيطه في تنفيذ التزامه، فإنه يكون قد وفى بالالتزام إذا بذل في تنفيذه من العناية بكل ما يبذله الشخص العادي، ولو لم يتحقق الغرض المقصود. هذا ما لم ينص القانون أو الاتفاق على غير ذلك.

ولا يستطيع المهندس نفي الخطأ عن نفسه إلا إذا أثبت أن عدم التنفيذ أو سوء التنفيذ يعود إلى سبب أجنبي، كما

أشارت إلى ذلك المادة (448) من القانون الأردني والتي تنص على أنه (ينقضي الالتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلاً عليه لسبب أجنبي لا يد له فيه).

الفرع السادس: شروط تحقق المسؤولية المدنية:

نصت المادة (164) من القانون المدني السوري (كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض). وعليه فلا يتحقق الضمان والتعويض إلا بتحقيق المعادلة (الخطأ والضرر وعلاقة السببية). فحتى يستند المضرور بالمطالبة بالتعويض عن الأضرار التي لحقت به من جراء تدهم البناء يستلزم توافر شروط عدة:

1. أن يكون الضرر مرتبطاً سببياً بانهدار البناء كلياً أو جزئياً:
وفي هذه الحالة لا يستطيع المهندس نفي المسؤولية عنه إلا بنفي العلاقة السببية ما بين تدهم البناء والضرر الذي وقع.
2. أن يكون هناك بناء قائم (سواء كان تام البناء أم ما زال قيد الإنشاء أو الترميم).
3. يجب أن يكون البناء قد تدهم كلياً أو خرب جزئياً ويكون الضرر الذي أصاب المضرور ناجماً عن هذا التدهم الكلي أو الجزئي.
4. أن لا يكون سبب الانهيار أو التدهم غياب الصيانة. فالبناء بحاجة إلى الصيانة للحفاظ على كيانه من التصدع أو التشقق أو هلاك بعض أجزائه فإذا ظهرت مثل هذه البوادر ترتب على المالك إصلاحها وتحرير المهندس المنفذ من المسؤولية.
5. أن يكون سبب الانهيار عيب في البناء. وهذا العيب قد يعزى إلى عدة أسباب كأن تكون المواد التي استخدمت في البناء غير صالحة أو أن تصميم البناء أو تنفيذ الأشغال والإشادة كان سيئاً، أو حتى تقصير المهندس في توقع التصدع أو الانهيار اعتماداً على مواجهة العوامل الطبيعية.

في حين نجد أن المشرع الجزائري قد حرص على التشدد في المسؤولية العشرية خلافاً للقواعد العامة للمسؤولية العقدية، فجعل من جهة المهندس المعماري والمقاول مسؤولين مسؤولية مشددة تترتب على الإخلال بالالتزام بتحقيق نتيجة لا تنتفي إلا بإثبات السبب الأجنبي، فلا يمكن للمهندس المعماري والمقاول نفيها بإثبات انتفاء الخطأ من جانبهما باتخاذ جميع الاحتياطات اللازمة حتى لا ينهدم البناء، ولا يظهر أي عيب في البناء. وهي أيضاً من جهة أخرى مسؤولية تضامنية بين المهندس المعماري والمقاول لمدة عشر سنوات بعد تاريخ تسليم البناء والمنشآت الأخرى. ويعتبر هذا التضامن قائماً بقوة القانون.

وورد بناءً على نص تشريعي صريح بموجب المادة (1/554) من القانون المدني الجزائري. ويعد ذلك تأكيداً على الطبيعة العقدية للمسؤولية العشرية، إذ أنه لو لم تكن كذلك لما كان المشرع الجزائري بحاجة إلى النص صراحةً على هذا التضامن واكتفى فقط بما تقتضي به المادة 126 مدني جزائري التي تقرر مبدأ عاماً هو التضامن في المسؤولية التقصيرية. غير أنه لما كانت المسؤولية عقدية فإن التضامن لا يفترض فيها بل يجب النص عليه قانوناً أو الاتفاق عليه وفقاً لما انتهت إليه المادة 217 من القانون المدني الجزائري، وبالمقابل لا يُسأل المهندس المعماري إذا كان الضرر راجعاً إلى خطأ ارتكبه المقاول وكان فعله السبب الوحيد لهذا الضرر، كما لو ثبت أن التهدم أو العيب نشأ عن استخدام المقاول لمواد يوجد فيها عيوب خفية لم يكن بوسع المهندس تبينها ولو بذل عناية المهندس المعماري العادي في فحصها، ولم يقع منه إهمال أو تقصير في الإشراف على عملية البناء وإدارتها.

وعلى من يدعي منهما أن الضرر نشأ بخطأ الآخر وحده عليه أن يثبت هذا الخطأ، فإذا تعذر عليه إثبات خطأ أي منهما فإن المسؤولية تقسم عليهما بالتساوي وفقاً للقواعد العامة.²⁶⁷

المبحث الثاني: الإثبات في عقد المقاولة مقابل نسبة من البناء (الشراكة والتخصص):

بدايةً وقبل التطرق إلى طرق الإثبات في عقد المقاولة مقابل نسبة من البناء وحول على من يقع عبء الإثبات. فلا بد من الإجابة على سؤال مهم هل يعد عقد المقاولة عقداً مدنياً أم عقداً تجارياً، فالمقاولة في رأي الدكتور

²⁶⁷ سلطان، أنور. (1998). الموجز في النظرية العامة للالتزام. القاهرة: مصر. دار المطبوعات الجامعية. ص: 406. بتصرف

هي عقد من عقود القانون الخاص وهي عقد مدني بالنسبة لرب العمل، إلا إذا كان تاجراً أو أبرم العقد لحاجات تجارته كأن تعاقد مع مقاول لبناء مصنع أو ترميم محل فإنه يعد عملاً تجارياً بالتبعية.

أما بالنسبة للمقاول فإن **العقد يكون مدنياً وقد يكون تجارياً** بحسب العمل الذي يقوم به، فإذا كان هذا العمل مدنياً فإن العقد مدني، وإذا كان تجارياً فإن العقد كذلك، ومن المقرر أن الأعمال الذهنية تعد أعمالاً مدنية، ولو قام به شخص على وجه الاحتراف وتعد عقودهم مدنية بالنسبة لهم وإن عدت تجارية بالنسبة للمتعاقدين معهم.

كذلك أصحاب المهن الحرة فتعد عقودهم مدنية ولو كانوا يقومون بالعمل على سبيل التكرار، أو بمساعدة معاونين مأجورين.

ويقوم استبعاد الصفة التجارية لهذه الأعمال على أساس أنها تتطلب فيمن يباشرها مؤهلات خاصة، وتعتمد على الفكر والعقل أكثر من العمل اليدوي. ولكن أصحاب المهن الحرة يعدون تجاراً، وتعد أعمالهم تجارية إذا باشروا إلى جانب نشاطهم المهني أعمالاً تجارية، وكانت هذه الأعمال من الأهمية بحيث تغطي على النشاط المهني.

أما إذا كان العمل المطلوب من المقاول عملاً تجارياً وفقاً للمادة (2) من قانون التجارة فإن هذا العقد يكون تجارياً بالنسبة له. وعلى ذلك تكون المقاولات التجارية إذا كان محلها عملاً من أعمال الصناعة أو إذا كان محلها إنشاء المباني.

"فالمقاول عندما يتعاقد مع رب العمل على إقامة بناء أو مصنع، يقوم بعمل من أعمال التجارة ويعتبر العقد بالنسبة إليه عقداً تجارياً وذلك سواء ورد المواد من عنده أو وردها رب العمل".²⁶⁹

وبعد بيان الطبيعة القانونية لعقد المقاولات مقابل نسبة من البناء واختلاف نوعه أصبح من اليسير دراسة طرق إثباته وكيفية استخدامها في المطالبين التاليين:

²⁶⁸ شنب. (1962). مرجع سابق. ف: 41. ص: 53.

²⁶⁹ قره. (1987). مرجع سابق. ص: 74. بتصرف.

المطلب الأول: الإثبات في عقد المقاولة مقابل نسبة من البناء:

من خلال البحث نجد أن الفقهاء اتفقوا على أن عقد المقاولة يخضع للقواعد العامة المقررة في الإثبات. فيجوز إثباته بجميع الطرق ومنها البينة والقرائن.

وقد يجري العرف بعدم الإثبات بالكتابة، وقد يثبت العقد بالإقرار، والإقرار لا يتجزأ طبقاً للقواعد العامة. فإذا أقر رب العمل بعقد المقاولة، وذكر في إقراره أنه دفع الأجر، فإنه لا يصح أن يجزأ إقراره عليه وعلى الماقل أن يثبت أن الأجر لم يدفع.

"أما إثبات أن الماقل قد قام بأعمال لمصلحة شخص دون أن يكون هناك عقد مقاولة، فهذا أمر يتعلق بواقعة مادية يجوز إثباتها بجميع الطرق، ومنها البينة والقرائن، مهما بلغت قيمة هذه الأعمال." 270

فإذا قلنا إن عقد المقاولة مقابل نسبة من البناء عقد مدني، فإن إثباته يخضع للقواعد العامة في

الإثبات، فيجوز إثباته بجميع طرق الإثبات، ومنها البينة الشخصية والقرائن إذ لم تزد قيمة الأجر عند خمسمائة ليرة سورية، وذلك وفقاً للمادة (54) من قانون البينات السوري، وإلا وجب إثباته بالكتابة أو ما يقوم مقامها، ومع ذلك يجوز الإثبات بالبينة الشخصية بالرغم من تجاوز المقاولة مبلغ خمسمائة ليرة سورية إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة أو إذا وجد مانع أدبي أو مادي يحول دون الحصول على دليل كتابي، وذلك تطبيقاً للمادة (57) من قانون البينات السوري، ويعتبر من صور المانع المادي العرف الجاري في بعض المهن، ومن صور المانع الأدبي العلاقة القائمة ما بين المتعاقدين (زوج أو قرابة) وتقدير قيام المانع الأدبي من عدمه مسألة موضوعية يفصل فيها قاضي الموضوع مستهدياً بظروف الدعوى. وإذا كان العقد تجارياً بالنسبة للمدعى عليه فإنه يجوز إثباته بجميع طرق الإثبات ومهما كان مبلغ المقاولة. 271

وبما أن المشرع لم يورد قواعد خاصة بإثبات عقد المقاولة، ولذلك فمن الطبيعي أنه يخضع في إثباته للقواعد العامة، إلا أن الاجتهاد القضائي السوري قد حسم الأمر عندما اعتبر أن عقد المقاولة من العقود التجارية وبالتالي يجوز إثباته بكافة وسائل الإثبات. "إن عقد المقاولة من العقود التجارية التي يجوز إثباتها بالبينة

270 السنهوري. (2000). مرجع سابق. ف: 17. ص: 44.

271 شنب. (1962). مرجع سابق. ف: 64. ص: 82.

الشخصية وبكافة وسائل الإثبات.²⁷²

ولكن السؤال هنا هل جميع عقود المقاولة هي عقود تجارية؟

بعد البحث في حيثيات الاجتهادات المذكورة سابقاً والدراسة في قانون التجارة نجد أن المشرع السوري عندما أصدر قانون التجارة أورد مشروع الأشغال العقارية ضمن المشاريع التي تأخذ صفة الأعمال التجارية بطبيعتها.

ولكن ما هو مشروع الأشغال العقارية؟

"الأشغال العقارية: هو عقد مقاولة يتناول إقامة الأبنية والمنشآت على عقار الغير، سواء أقدم المقاول المواد أم قدمها صاحب العقار.²⁷³

"يشمل هذا المشروع أعمال إنشاء الأبنية وأعمال الهدم والترميم وإنشاء الطرق والجسور وحفر القنوات والبرك ومد خطوط السكك الحديدية، وكل أعمال المقاولات"²⁷⁴. المادة (6) من قانون التجارة السوري: (تعد بحكم ماهيتها الذاتية أعمالاً تجارية: ... ن - مشروع الأشغال العقارية ...). وقضى اجتهاد محكمة النقض السورية على أن: "مشروع الأشغال العقارية عمل تجاري: _ إن مشروع الأشغال العقارية هو عمل تجاري بحكم ماهيته الذاتية مما يجعل البيئة والقرائن جائزة في إثبات كل ما يتعلق بالرابطة بين الطرفين المتصلة بالتعهد محل النزاع عملاً بالمادة (54) بينات.²⁷⁵

وحيث أن المادة (8) من قانون التجارة السوري أقامت قرينة قانونية مفادها أن جميع أعمال التاجر تعتبر مبدئياً أعمالاً تجارية ما لم يثبت العكس، مما يجعل جميع أعمال التاجر خاضعة في الأصل لقانون التجارة حتى قيام الدليل المعاكس. أما أعمال الشخص العادي فلا تخضع لقانون التجارة إلا إذا ثبت أنها أعمال تداول بقصد الربح أو إذا نص القانون استثناء على اعتبارها تجارية من حيث الشكل.

وإثبات العكس ونية الربح لا يخلو من صعوبة، مما يجعل خضوع أعمال غير التاجر إلى الحقوق التجارية نادراً

²⁷² المحامون. (1991). الأعداد: (10-11-12). قا: 342. ص 815. نقض غرفة أولى قرار 2144 أساس 9834 تا 1991/7/30.

²⁷³ الحكيم. (2010-2011). مرجع سابق. ف: 96. ص: 92.

²⁷⁴ نصار، سمير. (2007). الأعمال التجارية والتجار والمؤسسات التجارية فقهاً واجتهاداً قضائياً. (ج: 1). الطبعة الأولى. دمشق: سوريا. المكتبة القانونية. ص: 102.

²⁷⁵ نصار. (2007). المرجع السابق. ص: 103. قرار محكمة النقض رقم 2173 أساس رقم 1436 لعام 1981 تا 1982/11/15.

نسبياً. فإذا تكرر قيام غير التاجر بعمل تجاري فإنه يجعله تاجراً حكماً متى أضحي هذا العمل نشاطه

الرئيسي.²⁷⁶

وبرأيي وبعد كل ذلك التناقض الكبير بين ما نص عليه القانون والاجتهاد وما بيناه من خلال الدراسة وبين ما هو معمول فيه على أرض الواقع يجعلنا نطرح الكثير من الأسئلة ومنها ... ما هي نسبة تطبيق قانون التجارة على الواقع وخاصةً بعد إحداث المحاكم التجارية؟ وما هو مصير الدعاوى الخاصة بعقود المقاولة والمنصوص عليها بقانون التجارة والمنظورة أمام المحاكم المدنية؟ وما هو مصير الكثير من الأحكام التي نظمها القانون المدني في مواده والتي تخص عقد مقاولة البناء؟ وهل الخلافات الناجمة عن العقود السابقة الذكر تقيد أمام المحاكم التجارية ويطبق عليها طرق الإثبات التجارية؟

ولا يبتعد القانون الفرنسي عن القانون السوري فيما ذكرنا سالفاً.. فذهب إلى أنه:

"ينبغي لتحديد قواعد الإثبات المطبقة على عقد المقاولة، تحديد الطبيعة المدنية أو التجارية للعقد تجاه من يجب أن يقدم الإثبات بالنسبة إليه. وعندما يكون للعقد طابع تجاري تجاه المدعى عليه يمكن إثباته بالوسائل جميعاً وعلى وجه الخصوص بشهادة الشهود أو بالفرائن. وعندما يكون العقد مدنياً يوجب القانون المدني تقديم الإثبات وفقاً لنصوص المادة 1341 وما يليها من القانون المدني [الفرنسي]."²⁷⁷

ووفقاً للقاعدة العامة الواردة في المادة (1315) الفقرة الأولى، فإنه يقع عبء الإثبات على من يتمسك بعقد المقاولة.

والمرجع الفرنسي أكد على اعتبار البيئة في إثبات عقد المقاولة يجب أن تكون خطية.

"فالمبدأ هو أن إجارة العمل المستقل يجب أن ينظم بها مستند خطي في الشروط التي حددتها المادة 1341 من ق م. وكما هو الحال بالنسبة إلى المهندسين المعماريين الذين تنص القواعد الأخلاقية في صددهم على أنهم

²⁷⁶ الحكيم. (2010-2011). مرجع سابق. ف: 77. ص: 74.

²⁷⁷ بنيابنت. (2004). مرجع سابق. ف: 520-521. ص: 388.

ملزمون بأن يثبتوا المهمة المنوطة بهم خطياً.²⁷⁸

ومع ذلك فإنه "يكون بالإمكان إثبات إجارة العمل المستقل عن طريق بدء قرينة إثبات خطي، حتى بالوسائل

جميعاً في حالة استحالة طبيعية أو معنوية لإمكانية الحصول على مستند خطي".²⁷⁹

وحتى في مرحلة التنفيذ فيمكن "استخراج برهان مماثل انطلاقاً من المادة 1715 من ق م يجيز، في مادة إجارة

الشيء تقديم الإثبات بشهادة الشهود على الإيجار غير الخطي عندما يكون هناك بدء في التنفيذ".²⁸⁰

"ويجوز إثبات حدوث التقبل وتاريخه بأية طريقة من طرق الإثبات بما في ذلك البيئة والقرائن".²⁸¹

"ويقع عبء إثبات التقبل وتاريخه، أصلاً، على عاتق رب العمل، لأنه هو الذي يدعي الضمان الخاص، ويطلب

بالاستفادة من تطبيق قواعده، فيجب أن يثبت أن سببه قد قام في خلال المدة التي قررها القانون للضمان".²⁸²

إلا أن الأمر يختلف فيما إذا كان رب العمل أحد أشخاص القانون العام، "فقد افترض المشرع الفرنسي والمصري

والجزائري والسوري خطأهما [المقاول والمهندس المعماري] بمجرد حدوث التهم، أو ظهور العيب، وبالتالي لا يقع

على عاتق الإدارة المتعاقدة الالتزام بإثبات خطأ المتعاقد، أو المهندس المعماري".²⁸³

المطلب الثاني: الإثبات في عقد التخصص:

سبق أن ذكرت أن عقد المقاولة عامة وعقد المقاولة مقابل نسبة من البناء خاصة من العقود التجارية التي

يجوز إثباتها بالبيئة الشخصية، وذلك لأن المقاول ومالك العقار يهدفان من تعاقدتهما إلى تحقيق الربح.

ولأن من الممكن أن تكون القسمة والتخصص من مشتلات عقد المقاولة مقابل نسبة من البناء وأن تكون جزءاً

لا يتجزأ منه، وتبعاً لذلك فإن إثبات التخصص مرتبط ارتباطاً وثيقاً وأساسياً بإثبات عقد المقاولة مقابل نسبة من

البناء وذلك لأن التخصص يرتبط وجوداً وعدمياً بعقد المقاولة مقابل نسبة من البناء.

ولكن ماذا لو كان اتفاق القسمة والتخصص منفصلاً ومستقلاً عن عقد المقاولة مقابل نسبة من البناء، هنا هل

²⁷⁸ هوييه. (2004). مرجع سابق. ف: 32208. ص: 1309. بتصرف.

²⁷⁹ هوييه. (2004). المرجع السابق. ف: 32208. ص: 1310.

²⁸⁰ هوييه. (2004). المرجع السابق. ف: 32210. ص: 1311.

²⁸¹ ياقوت. (د. ت). مرجع سابق. ف: 61. ص: 155.

²⁸² ياقوت. (د. ت). المرجع السابق. ف: 61. ص: 156.

²⁸³ الأحمد. (2022). مرجع سابق. ص: 56.

يجوز إثبات القسمة والتخصص بين المقاول ومالك العقار بالبينة الشخصية؟.

"تخضع القسمة العقارية الرضائية من حيث إثباتها لقواعد الإثبات العامة التي توجب الإثبات بالكتابة لكل عقد تتجاوز قيمته (500) ليرة سورية (المادة 1/54 من قانون البينات) [السوري]، إلا أن ذلك ليس من متعلقات النظام العام لذلك فيجوز إثبات عقد القسمة بالشهادة إذا رخص الطرف الآخر صراحةً أو ضمناً بها، كما يجوز إثباتها في حالة وجود مبدأ ثبوت بالكتابة.²⁸⁴

وبرأيي إنه لا فرق إذا ما كان اتفاق القسمة والتخصص بين المقاول ومالك العقار من ضمن عقد المقاولة مقابل نسبة من البناء أو منفصلاً عنه، وذلك فيما يخص الإثبات، لأن عقد التخصص ولو كان مستقلاً عن عقد المقاولة مقابل نسبة من البناء فإنه يبقى جزءاً من كل وبالتالي يجوز إثبات القسمة والتخصص بالبينة الشخصية سواء أكان اتفاق التخصص مستقلاً عن عقد المقاولة مقابل النسبة من البناء أم غير مستقل. ويثور التساؤل عندما يكون إثبات التخصص يقع على عاتق طرف ثالث كالمشتري من أحد الشركاء المقاول أو مالك العقار، فهنا يجوز للمشتري إثبات التخصص بين المقاول ومالك العقار بالبينة الشخصية لأنه لم يكن طرفاً في عقد التخصص، وذلك وفقاً لما جاء في المادة (57) من قانون البينات. وإذا لم يستطع المشتري إثبات التخصص فهنا يمكن له الادعاء على المقاول إلى جانب مالك العقار طالباً تثبيت عقد البيع.

وهنا يجب التفريق بين حالتين: إذا كان الشراء من مالك العقار فلا داعي لاختصاص المقاول أما إذا كان الشراء من المقاول فيجب اختصاص المالك صاحب القيد العقاري وذلك لضرورة وضع إشارة الدعوى على صحيفة العقار. وهنا يستطيع المشتري إلزام باقي الشركاء بالبيع الذي قام به أحدهم وهذا ما أكدته محكمة النقض في عديد من القرارات: "الاجتهاد مستقر على أن اتفاق اثنين أو أكثر على إشادة بناء وبيعه مقاسم بقصد الربح يجعل انفراد أحد الشركاء بتوقيع عقد البيع لأحد مقاسم البناء ملزماً لباقي الشركاء تجاه مشتري المقاسم بآثار العقد الذي رتبته ذلك الشريك"²⁸⁵.

²⁸⁴ النشواني، محمد صباح. (1993). القيود على الملكية العقارية وإشاداتها في السجل العقاري. المجلد: الأول. الطبعة الأولى. دمشق:

سورية. دار الأنوار للطباعة. ص: 391-392.

²⁸⁵ الحسيني. (2004). مرجع سابق. قا: 4666. ص: 2288. نقض قرار 74 أساس 322 تا 2000/3/26 غرفة ثانية.

وفي قرار آخر: "إن اتفاق أكثر من شخص على إشادة بناء وبيعه بقصد الربح، يجعل من انفراد أحد الشركاء بتوقيع عقد البيع ملزماً لباقي الشركاء. (هيئة عامة قرار رقم 470 لعام 2002 وقرار رقم 160 لعام 2013).²⁸⁶

وفي حال بيع العقار أو أحد مقاسم البناء، بناءً على التصاميم (على المخطط)، فتعد هذه العقود ذات طبيعة مختلطة، مدنية وتجارية. وبتعبير آخر فإنها من طبيعة تجارية بالنسبة إلى البائع الذي تطبق عليه أحكام القانون التجاري. ومدنية بالنسبة إلى المشتري الذي تطبق عليه أحكام القانون المدني. وإن حدث نزاع بشأنها فإن للمشتري حرية اللجوء إلى القضاء المدني أو التجاري، ومن حقه اللجوء إلى وسائل الإثبات كافة إن كان خصمه تاجراً. أما بالنسبة إلى البائع فإنه ملزم في مواجهة المشتري بإثبات التزامه بطرق الإثبات المدنية.²⁸⁷

المبحث الثالث: انقضاء عقد المقاولة مقابل نسبة من البناء:

إن أساس مسؤولية المهندس المعماري والمقاول هي عبارة عن مسؤولية عقدية مبنية على الخطأ المفترض في جانب الضامن، تأسيساً على أن التزام المقاول والمهندس هو التزام بتحقيق غاية، وأن للمسؤول عموماً بالضمان أن يتخلص من هذه المسؤولية إذا أثبت انتقاء العلاقة السببية بين خطئه (المفترض) والضرر. وذلك يكون من خلال إثبات السبب الأجنبي المتمثل بالقوة القاهرة أو خطأ المضرور. أضف إلى وجود أسباب أخرى ينقضي بها عقد المقاولة من تلقاء نفسه أو بناءً على طلب أحد فريقيه أو لأسباب قدرية لا يد لأطرافه بها كالوفاة أو استحالة التنفيذ وغيرها.

وعليه يمكن البحث في أسباب انقضاء عقد المقاولة مقابل نسبة من البناء من خلال تقسيم هذه الأسباب إلى أسباب عامة وأخرى خاصة وهذا ما سنبحثه في المطلب الأول. أما المطلب الثاني فسنبحث فيه حول المحكمة المختصة بالنظر في فسخ عقد المقاولة مقابل نسبة من البناء أو تثبيته.

²⁸⁶ المحامون. (2022). الأعداد: (6-1). قا: 2. ص: 151. محكمة النقض الغرفة المدنية الثانية- العقارية قرار 229 أساس 254 تاريخ 2021/4/19.

²⁸⁷ الأحمد. (2022). مرجع سابق. ص: 196.

المطلب الأول: الأسباب العامة والأسباب الخاصة لانقضاء:

الفرع الأول: الأسباب العامة لانقضاء:

إن عقد المقاولة عامة وعقد المقاولة مقابل نسبة من البناء خاصة يتبع للأحكام العامة لانقضاء العقد. وبالتالي ينتهي بذات الأسباب التي تنتهي بها العقود بصفة عامة، وهذه الأسباب هي:

أولاً: الوفاء:

وذلك عندما يفي كل من طرفي العقد بالتزاماته الواردة في العقد وينفذها تنفيذاً عينياً كاملاً، فيقوم لما سبق مالك العقار بتسليم العقار خالياً من الشواغل للمقاول، ويضمن عدم معارضته في إشادة البناء سواء أكانت المعارضة منه أو من الغير. وبالمقابل يقوم المقاول بإشادة البناء وفقاً للشروط والبنود المتفق عليها في العقد. وتسليم مالك العقار حصته من البناء المنجز.

ثانياً: استحالة التنفيذ:

ينقضي عقد المقاولة مقابل نسبة من البناء عندما يستحيل تنفيذ مضمونه، وذلك متى كانت هذه الاستحالة تعود لسبب أجنبي لا يد للطرفين فيه. وذلك تطبيقاً للمادة (630) من القانون المدني السوري والتي نصت على ما يلي:

(ينقضي عقد المقاولة باستحالة تنفيذ العمل المعقود عليه). وما هذا النص إلا تطبيق للقواعد العامة في انقضاء الالتزام.

فإذا أثبت المقاول أن العمل المعهود به إليه قد أصبح مستحيلاً لسبب أجنبي لا يد له به وهذا السبب ناتج عن قوة قاهرة أو ظرف طارئ لم يكن بالإمكان دفعهما، فبالنظر إلى أن ينقضي الالتزام باستحالة التنفيذ، وينقضي بالمقابل التزام مالك العقار موضوع عقد المقاولة، وينفسخ عقد المقاولة من تلقاء نفسه. ومتى انتهى عقد المقاولة على هذا الوجه استحق المقاول التعويض لا بموجب عقد المقاولة وإنما بموجب مبدأ الإثراء بلا سبب، وهذا التعويض يكون بأقل القيمتين، قيمة ما أنفقه من ماله ووقته أو قيمة ما استفاد به مالك العقار.

إن "القوة القاهرة والحادث المفاجئ ليسا شيئين مختلفين كسبب لنفي رابطة السببية بين الخطأ والضرر، ذلك أن

القوة القاهرة هي: (الواقعة التي لا يكون في طاقة الشخص أن يدفعها، أو أن يمنع أثرها). والحادث المفاجئ هو: (الواقعة التي لا يمكن توقعها).²⁸⁸

"إن القوة القاهرة التي تعفي من المسؤولية هي التي لا تكون بفعل المدين، فهي أمر لا ينسب إلى المدين وليس متوقفاً حصوله وغير ممكن دفعه ويؤدي إلى استحالة تنفيذ الالتزام".²⁸⁹

ولقد "استقر الاجتهاد القضائي على أن تقدير توفر شروط القوة القاهرة يدخل في صميم السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع متى كان سائغاً".²⁹⁰

وقد قضت محكمة النقض السورية أنه "إذا كان المدعى عليه الطاعن ملتزماً بالضمان بوصفه مقاولاً، إلا أن القواعد العامة تقضي بأن هذا الالتزام ينتفي إذا أثبت المقاول أن تهدم البناء أو وجود العيب يرجع إلى قوة القاهرة"²⁹¹. كذلك لا تنتفي مسؤولية المقاول والمهندس إذا ظل سبب التهدم أو العيب مجهولاً، فالتهدم الذي لم يثبت سببه بوجه قاطع يفترض أنه راجع لعيب في الصنعة يسأل عنها المقاول.

ولكن ماذا لو كان أحد الأطراف شخصاً عاماً؟.. فتجدر الإشارة هنا إلى الفرق بين القوة القاهرة والظرف الطارئ. ويعود أصل نظرية الظروف الطارئة إلى القانون الإداري، وجرى استحداثها من قبل القضاء الإداري الذي أوجدها لمعالجة حالة وسطى تقع بين إمكانية تنفيذ الالتزام واستحالة تنفيذه، أو إمكانية التنفيذ ولكن بصعوبة كبيرة لا تصل إلى حد الاستحالة التي كان القانون المدني يطبق فيها نظرية القوة القاهرة التي تعفي من التنفيذ الذي يصبح مستحيلاً. وعليه فإن نظرية الظروف الطارئة فرضتها العدالة المجردة، وضرورة استمرار حسن سير المرفق العام، ثم انتقلت إلى القانون المدني.²⁹² فإن الهدف منها "هو توزيع العبء الناجم عن الخسارة بين المقاول والإدارة، مما يمكن المقاول من الاستمرار في التنفيذ، وتسيير المرفق العام".²⁹³

²⁸⁸ الأحمد. (2022). المرجع السابق. ص: 326.

²⁸⁹ الحسيني. (2004). مرجع سابق. (ج: 3). قا: 4898. ص: 2425. غرفة أولى قرار 70 أساس 174 تاريخ 1997/2/26.

²⁹⁰ المحامون. (1997). العددان: (1-2). قا: 1. ص: 44. غرفة أولى قرار 76 أساس 140 تا 1995/4/25

²⁹¹ النبواني. (1991). مرجع سابق. (ج: 1). الطبعة الأولى. (ج: 1). قا: 820. ص: 571. قرار 2095 أساس 1187 تا 1983/10/31.

²⁹² الأحمد. (2022). مرجع سابق. ص: 338.

²⁹³ الأحمد. (2022). المرجع السابق. ص: 343.

ولكن ماذا لو كانت استحالة التنفيذ لا ترجع إلى سبب أجنبي، بل ترجع إلى خطأ المقاول أو خطأ مالك الأرض (رب العمل) فهل يعفى مرتكب الخطأ من المسؤولية؟. ففي حالة الاستحالة بخطأ المقاول فإنه يجوز لرب العمل طلب فسخ العقد مع التعويض إذا كان له مقتضى، أو طلب التعويض لاستحالة التنفيذ العيني. بينما في حالة الاستحالة بخطأ من رب العمل يجوز القول بأن رب العمل يكون في حكم من تحلل من العقد بإرادته المنفردة. وقد أيدت محكمة النقض هذا الحكم في اجتهادات عدة منها:

"1_ إذا كانت استحالة تنفيذ العقد ترجع إلى سبب أجنبي فإن الالتزام ينقضي وينفسخ العقد من تلقاء نفسه فلم يعد ثمة محل للمسؤولية العقدية.

2_ إن استحالة تنفيذ العقد إذا لم تكن ترجع إلى سبب أجنبي واستحال على المدين في العقد تنفيذ التزامه يحكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه وهي مسؤولية عقدية"²⁹⁴.

وهنا يطرح أمامنا سؤال في غاية الأهمية، هل يعد ارتفاع أسعار المواد أو أسعار العقارات أو انخفاض قيمة النقد الكبيرة (وخصوصاً في ظل الأزمات المالية الراهنة)؛ ظرفاً طارئاً تصل إلى درجة القوة القاهرة التي يستحيل معها التنفيذ.

أجابت عن ذلك محكمة النقض السورية سابقاً في عدة اجتهادات: "إن ارتفاع أسعار الأراضي ومواد البناء لا يشكل الطرف الاستثنائي والقوة القاهرة التي تعفي المتعاقد من التزامه."²⁹⁵

وفي اجتهاد آخر: "إن ارتفاع أسعار المواد واليد العاملة أو ارتفاع أسعار العقارات وانخفاض قيمة النقد لا يمكن أن تشكل حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها، وبالتالي لا يمكن لهذه الأمور أن تؤثر على المركز القانوني للمتعاقدين، ولا أن تبرر فسخ العقد أو رد الالتزام الذي أصبح مرهقاً إلى الحد المعقول _ قرار نقض رقم 606 أساس 990 تاريخ 1956/11/20 وقرار نقض رقم 2342 أساس 1110 تاريخ 1976/12/21."²⁹⁶

ولكن لو أسقطنا شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة والقوة القاهرة على الأزمة التي تمر بها سورية، لوجدنا أن

²⁹⁴ الحسيني. (2004). مرجع سابق. (ج: 3). قا: 4367. ص: 2154. غرفة ثانية قرار 341 - أساس 242 - تاريخ 1998/3/22.

²⁹⁵ الحسيني. (2004). المرجع السابق. (ج: 3). قا: 4920. ص: 2432. غرفة ثانية قرار 1505 أساس 1973 تاريخ 1997/10/26.

²⁹⁶ الحسيني. (2004). المرجع السابق. (ج: 3). قا: 4479. ص: 2201. غرفة ثانية قرار 535 أساس 432 تاريخ 2000/4/24.

جميع الشروط متحققة. فارتفاع الأسعار خلال الأعوام السابقة لم يكن متوقعاً أبداً وجعل تنفيذ أي التزام مرهقاً، مع الأخذ بعين الاعتبار تاريخ العقد والمدة المتفق عليها. فزوال عنصر المفاجئة واستحالة دفعها بسبب ديمومة الأزمة وعدم قدرة الجهات المعنية على إزالة مفاعيل القوة القاهرة، أعطى مفهوم جديد للقوة القاهرة. (الارتفاع أو الانخفاض الفاحشين في الأسعار يشكل حادثاً استثنائياً عاماً غير متوقع تسوده نظرية الظروف الطارئة، ويخول القاضي رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول وإعادة التوازن الاقتصادي للعقد).²⁹⁷

ثالثاً: اتفاق الطرفين على إنهاء العقد:

قد يتفق كل من الماويل ومالك الأرض على إقالة العقد المبرم بينهما واعتباره كأنه لم يكن وذلك في اتفاق خاص بينهما، ومن شأن هذا الاتفاق أن يُحلَّ كل منهما من أي التزام مصدره عقد الماولة المقال ويعيدهما إلى الحالة التي كانا عليها وهذا ما استقر عليه الاجتهاد:

"..... _ _ _ _ _ إقالة العقد تعني انفساخ العقد باتفاق عاقيه. _ _ _ _ _" ²⁹⁸

وتجدر الإشارة "إلى الفرق بين القانون اللبناني من جهة والقوانين العربية من جهة أخرى في مسألتي إلغاء العقد وفسخه، إذ أن ما نص القانون اللبناني على اعتباره إلغاء للعقد اعتبرته التشريعات العربية فسخاً له، وما نص على اعتباره فسخاً اعتبرته التشريعات العربية إلغاء".²⁹⁹

رابعاً: انتهاء المدة المحددة للعقد:

سبق أن ذكرنا أن من خصائص عقد الماولة أنه عقد محدد المدة إذ يفرض على الماويل أن يؤدي التزامه بإشادة البناء وتسليمه خلال المدة المحددة والمتفق عليها في العقد. ولكن في حال مضي المدة المحددة في العقد للتنفيذ دون أن يفي الماويل بالتزاماته خلالها، فإن لمالك العقار أن يفسخ العقد وأن يعود على الماويل بالتعويض وغرامات التأخير إن تضمنها عقد الماولة في إحدى فقراته، أو أن يطلب التنفيذ العيني سنداً لما جاء في أحد اجتهادات محكمة النقض:

²⁹⁷ مجلة القانون. (1987). العدد: 1-4. قا: 10. ص: 54. محكمة النقض. قرار رقم 52 أساس هيئة عامة 27 تاريخ 1/11/1986.

²⁹⁸ المحامون. (1997). العددان: (5-6). قا: 132. ص: 498. غرفة ثانية قرار 635 أساس 526 تا 12/5/1996.

²⁹⁹ ناصيف. (2008). مرجع سابق. ص: 167.

"1-.... 2_ إذا حكم القاضي بفسخ العقد فإن العقد يزول لا من وقت النطق بالحكم بل من وقت نشوء العقد، فالفسخ له أثر رجعي وللدائن الذي أجيب إلى طلبه فسخ العقد أن يرجع بالتعويض على المدين إذا كان عدم تنفيذ العقد راجعاً إلى خطأ المدين أو إهماله أو تعمدته، والتعويض هنا يبنى على أساس المسؤولية التقصيرية.³⁰⁰

خامساً: نكول أحد الطرفين عن الوفاء بالتزاماته:

إن عقد المقاوله مقابل نسبة من البناء هو عقد ملزم للطرفين إذ يرتب التزامات متبادلة على كل منهما. فمثلاً كيف يمكن للمقاول أن يبدأ بعملية البناء إذا لم يستصدر الترخيص اللازم وكان العقد قد رتب هذا الالتزام على عاتق مالك الأرض.

"1- وإن الأصول التي يقوم عليه نظام العقود الملزمة للجانبين هي ارتباط تنفيذ الالتزامات المتقابلة فيها على وجه التبادل أو القصاص، فإذا استحق الوفاء بهذه الالتزامات فلا يجوز أن يجبر أحد المتعاقدين على تنفيذ ما التزم به قبل قيام المتعاقد الآخر بتنفيذ الالتزام المتقابل.

2- وفي العقود الملزمة للجانبين يتعين أن تنفذ الالتزامات المتقابلة في وقت واحد.³⁰¹
فلو أخل أي من المقاول أو مالك الأرض بالتزاماته التعاقدية جاز للمتعاقد الآخر طلب فسخ عقد المقاوله. وعلى هذا استقر الاجتهاد: "العقود الملزمة للطرفين إذا لم يوف أحدهما بما التزم بها جاز للطرف الآخر طلب فسخ العقد مع التعويض"³⁰².

وفي اجتهاد آخر: "1-..... 2_ في تعاقد الباني مع صاحب الأرض، إذا امتنع الباني عن البناء كان للآخر طلب الفسخ."³⁰³

إلا أن "نظام الفسخ في عقد الأشغال العامة يختلف عن الفسخ في عقد المقاوله المدني، ففي عقد الأشغال العامة الإدارة وحدها هي من يملك الإعلان عن الفسخ من دون اللجوء إلى القضاء، وذلك بحسبان أنه من الجزاءات الضاغطة التي تملك توقيعها على المقاول كجزاء لخطئه الجسيم، والذي يؤدي إلى إنهاء العلاقة العقدية، وإبعاد

³⁰⁰ الحسيني. (2004). المرجع السابق. (ج: 3). قا: 4557. ص: 2236. غرفة ثانية قرار 1197 أساس 1825 تا 1995/10/15.

³⁰¹ الحسيني. (2004). المرجع السابق. (ج: 3). قا: 4446. ص: 2186. غرفة ثانية قرار 1802 أساس 930 تا 1997/12/21.

³⁰² المحامون. (1999). العددان: (11-12). قا: 327. ص: 1077. غرفة ثالثة قرار 1714 أساس 2635 تا 1997/10/26.

³⁰³ المحامون. (2000). العددان: (7-8). قا: 212. ص: 938. غرفة ثانية قرار 323 أساس 561 تا 1998/2/22.

المقاول بشكل نهائي عن تنفيذ العقد.³⁰⁴ وقد جاء في اجتهاد المحكمة الإدارية العليا:

"من المقرر في تنفيذ العقود الإدارية أن المتعهد لا يجوز له التوقف أو الامتناع عن تنفيذ أحكام العقد _بسبب ما ينشعب من خلافات بينه وبين الإدارة_ بل يجب عليه أن يثابر في تنفيذ أحكام العقد وأن يرفع الخلاف في حال عدم التوصل إلى حل بينهما إلى القضاء."³⁰⁵

ولكن في حال اعتذار أو امتناع المقاول عن إتمام العمل فهل هناك من خيار لمالك الأرض إلى جانب طلب فسخ العقد؟.. أجابت عن ذلك محكمة النقض السورية فجاء في أحد اجتهاداتها: (1_ إذا اعتذر المقاول عن تنفيذ عقد المقاولة فإن صاحب العمل يكون بالخيار بين طلب الترخيص له من القضاء بتنفيذ الالتزام بواسطة مقاول آخر على نفقة المقاول الأصلي، أو أن يطلب الفسخ مع التعويض وفقاً للقواعد العامة.

2_ إذا لم يكن التعويض مقدر في العقد فإن القاضي هو الذي يقدره على ضوء ما أصاب صاحب العمل من خسارة وما ضاع عليه من كسب)³⁰⁶.

وهذا يشابه إلى درجة كبيرة ما نصت عليه المادة (241) من قانون الموجبات والعقود اللبناني اعتبر أنه من "نتائج التخلف عن تنفيذ العقد إعطاء الخيار إلى الفريق الذي لم تنفذ حقوقه بين التنفيذ الإجباري وإلغاء العقد مع طلب التعويض.. والمثابرة للمادة 1184 مدني فرنسي، و157 مدني مصري، و158 مدني سوري، و159 مدني ليبي، و142 مدني سوداني، و209 مدني كويتي، و273 مدني إماراتي، و246 مدني أردني."³⁰⁷

وأريد أن أشير إلى فكرة نوه إليها المشرع الفرنسي عندما ميز بين المقاولة من الباطن والتنازل من المقاول عن تنفيذ العقد فإن "المادة 1237 من ق م تعلن بالتأكيد أن موجب الفعل يمكن أن يتحرر منه الغير إلا

³⁰⁴ الأحمـد، (2022). مرجع سابق. ص: 302.

³⁰⁵ المحامون. (2016). الأعداد: (7-12). قا: 82. ص: 528. المحكمة الإدارية العليا. قرار 1/46 ع أساس 2037 تا 2014/2/3.

³⁰⁶ طعمة، واستانبولي. (1997). مرجع سابق. (ج: 6). قا: 2374. ص: 5343. نقض سوري 749 أساس 237 تاريخ 1982/4/22. سجلات محكمة النقض.

³⁰⁷ ناصيف. (2008). مرجع سابق. ص: 168.

أن تكون للدائن مصلحة في أن ينفذه شريكه في التعاقد. غير أن هذا النص، إذا كان يجيز المقاوله من الباطن في هذا السياق، يجب ألا يفسر بأنه يتيح التنازل عن العقد. ففاعل التقديم قد تعهد: أنه يتمسك به.³⁰⁸

الفرع الثاني: الأسباب الخاصة لانقضاء عقد المقاوله مقابل نسبة من البناء :

أولاً: هلاك البناء : وفي القانون المدني السوري يأتي تطبيقاً لنص المادة (631)³⁰⁹ منه، وسنرى أن الهالك تبعاً لتحمل التبعية ممكن أن يكون مرده إلى ثلاثة أسباب:

1_الهالك لظرف طارئ أو قوة قاهرة:

ويجب أن يكون الظرف الطارئ لسبب لا يد للمقاول فيه، ولم يكن بالإمكان دفعه أو توقعه ويقع إثبات القوة القاهرة أو الظرف الطارئ على عاتق المقاول الذي يتحمل إثبات أن هلاك البناء كان لسبب أجنبي فهو لا يتخلص من المسؤولية إلا إذا أثبت ذلك. هذا ويعد الهالك الذي يسببه فعل الغير من قبيل القوة القاهرة وهذا ما أكدته اجتهاد محكمة النقض: "1_ 2_ إن تبعة تحمل الضرر وفق أحكام عقد المقاوله يتحدد ويختلف على مقتضى ما إذا كان الضرر قد حصل بسبب حادث مفاجئ أو بخطأ المقاول أو بخطأ رب العمل. وإن فعل الغير هو أحد أوجه الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة."³¹⁰

2_الهالك بخطأ المقاول: في حال هلاك البناء بخطأ من المقاول أو إهمال منه أو ما يعادل الخطأ منه، بأن يعذر رب العمل المقاول بأن يسلم البناء له، ولكنه يمتنع عن ذلك فإن المقاول يلتزم بدفع تعويض لرب العمل عن الضرر الذي أصابه نتيجة هذا الخطأ.

3_الهالك بخطأ رب العمل: تختلف مسؤولية رب العمل فيما إذا كان ذا خبرة وعلم في فن البناء، عنها إن لم

³⁰⁸ هوييه. (2003). مرجع سابق. ف: 32354. ص: 1422.

³⁰⁹ المادة (631): (1_ إذا هلك الشيء بسبب حادث مفاجئ قبل تسليمه لرب العمل، فليس للمقاول أن يطلب لا بضمن عمله ولا برد نفقاته. ويكون هلاك المادة على من قام بتوريدها من الطرفين.

2_ أما إذا كان المقاول قد أعذر أن يسلم الشيء أو كان هلاك الشيء أو تلفه قبل التسليم راجعاً إلى خطئه، وجب عليه أن يعرض رب العمل عما يكون هذا قد ورده من مادة للعمل.

3_ فإذا كان رب العمل هو الذي أعذر أن يتسلم الشيء. أو كان هلاك الشيء أو تلفه راجعاً إلى خطأ منه أو إلى عيب في المادة التي قام بتوريدها. فإن هلاك المادة عليه وكان للمقاول الحق في الأجر وفي التعويض عن الاقتضاء).

³¹⁰ طعمة، واستانبولي. (1997). مرجع سابق. (ج: 6). قا: 2386. ص: 5427. نقض سوري رقم 2181 أساس 1725 تاريخ 1982/11/15. سجلات محكمة النقض.

يكن خبيراً في فن البناء، وللتفصيل في ذلك، نورد ما يلي:

أ_ في حالة خطأ رب العمل ذي الخبرة والعلم بفن البناء:

يفترض في رب العمل الجهل في فن البناء على عكس كل من المقاول والمهندس المعماري اللذين يعدان خبيرين في مجالهما (مجال البناء). ناهيك عن أنهما مستقلان عن رب العمل استقلالاً تاماً فهم لا يتبعون له ولا إشرافه.. ولكن ولو افترضنا العكس.. فلو أن رب العمل هو الذي وضع الرسم الهندسي المعيب الذي نشأ عنه عيب في البناء. ففي هذه الحالة على المهندس أو المقاول أن ينذر صاحب العمل بالمخاطر الممكنة، وإن لم يفعل يعد مسؤولاً مع رب العمل عن هذه العيوب.

وقد أرست محكمة النقض عدة مبادئ مهمة أوجزها على الشكل التالي:

وإن كان غير صحيح على الإطلاق أن المقاول الذي يعمل بإشراف رب العمل الذي وضع التصميم والذي جعل نفسه مكان المهندس المعماري، لا يسأل إلا عن العيوب الناشئة عن التنفيذ، دون تلك العيوب الناشئة عن التصميم، بل الصحيح أن المقاول في هذا الفرض يشترك في المسؤولية مع رب العمل إذا كان على علم بالخطأ في التصميم وأقره أو كان ذلك الخطأ من الوضوح بحيث لا يخفى أمره على المقاول المجرب. إلا أنه مع ذلك إذا كان المقاول قد نبه رب العمل إلى ما كشفه من خطأ في التصميم فأصر على تنفيذه، وكان لرب العمل من الخبرة والتفوق في فن البناء ما يفوق خبرة وفن المقاول، فإن إذعان المقاول لتعليمات رب العمل في هذه الحالة لا يجعله مسؤولاً عما يحدث في البناء من تدهم نتيجة الخطأ في التصميم، إذ يكون الضرر في هذه الحالة راجعاً إلى خطأ رب العمل وحده فيتحمل المسؤولية كاملة.³¹¹

وكذلك "إذا تدخل رب العمل وتساهل كل من المقاول والمهندس معه في تنفيذ الأعمال في البناء، فهنا لا يمكن لهما أن يتملصا من المسؤولية في الضمان عن العيوب التي نتجت عن هذه الأعمال بإدعائهما أنهما كانا يتبعان

³¹¹ منصور، محمد حسين. (1984). المسؤولية المعمارية، في حوادث وإنهيار المباني، أثناء وبعد التشييد والتأمين الإجباري منها، (المهندسون والمقاولون - العمال والفنيون - موردو وصانع مواد البناء - الملاك والسكان). الإسكندرية: مصر. منشأة المعارف. ص: 118-119. بتصرف.

تعليمات وأوامر رب العمل، إلا إذا كان له صفة المهندس.³¹²

وقد قضي بأن تدخل رب العمل سواء بتقديم مواد معيبة أو بالموافقة على تصميم معيب أو بفرض مواصفات معيبة لا يعفي المهندس أو المقاول من المسؤولية، لأنه كان من الواجب أن ينبه رب العمل إلى العيب، بل كان عليه عند اللزوم أن يمتنع عن تنفيذ العمل المعيب، فيتقاسم المقاول أو المهندس مع رب العمل في المسؤولية عن العيوب التي تحدث في البناء.

كما قُضي أيضاً بأنه "قد يضع رب العمل بنفسه تصميم البناء فيجيء معيباً ويتسبب عن ذلك عيب في البناء، فيشترك مع المقاول في المسؤولية إذا كان عيب التصميم مما يمكن للمقاول كشفه، أما إذا كان العيب مما لا يمكن للمقاول كشفه لاسيما إذا كان رب العمل هو نفسه مهندساً معمارياً فإن خطأ رب العمل ينفي المسؤولية عن المقاول".³¹³

ويتفق كل من القضاء المصري والفرنسي مع هذه الأحكام إلى حد بعيد..

حيث جاء في المشروع التمهيدي للتقنين المدني المصري في المادة 892 منه تقضي بأنه إذا (أخبر المهندس المعماري أو المقاول رب العمل، قبل التنفيذ أو في أثناءه، بما ينجم من خطر جراء تنفيذ العمل وفقاً للشروط المطلوبة، فإن ذلك لا يعفيه من المسؤولية حتى بالنسبة للأعمال التي يكون رب العمل قد أمر بها رغم هذا التحذير).

لكن التقنين المدني المصري الحالي جاء خلواً من أية إشارة على الإطلاق تفيد وجوب الأخذ بمثل هذا الحكم. وقد استقر رأي القضاء المصري والقضاء الفرنسي في مجموعهما منذ وقت طويل، فيما يصدرانه من أحكام، على إتباع مثل هذا الحكم.³¹⁴

ب_ في حالة خطأ رب العمل غير الخبير في فن البناء:

³¹² يكن، زهدي. (د. ت). شرح قانون الموجبات والعقود، المواد 657-680. (ج: 11). بيروت: لبنان. دار الثقافة. ف: 534. ص: 218-219-220-221. بتصرف.

³¹³ السنهوري. (2000). مرجع سابق. ف: 74. ص: 137.

³¹⁴ ياقوت. (د. ت). مرجع سابق. ف: 134. ص: 234.

كما سبق وأشرنا أن كل من المقاول والمهندس المعماري مستقلان عن رب العمل في أداء عملهما ولا يتبعان له ولا لإشرافه.

إلا أن تدخل رب العمل في إقامة المنشآت المعيبة لا يترتب عليه إعفائهما، بحسب الأصل، من مسؤوليتهما المفترضة عن الضمان. لأنهما لا يلتزمان بتنفيذ تعليماته تنفيذاً آلياً، ولا بإطاعة أوامره طاعة عمياء. بل إن إجماع المحاكم والشرح على القول بأنه يجب عليهما في مثل هذه الحالة أن ينبهانه إلى ما تتضمنه هذه التعليمات من مخالفة لأصول الفن، وأن يبصرانه بالمخاطر المترتبة على التنفيذ المعيب، والامتناع عند الاقتضاء عن تنفيذ العمل. فإذا هما أدعنا لمشيئته، ونفذاً أوامره رغم ما يترتب عليها من المساس بمتانة البناء، فإنهما يعتبران مخطئين، ولا يستغرق خطأهما.³¹⁵

وعلى ذلك اعتبر "أن وجود صاحب العمل وإشرافه على تنفيذ الأعمال المعيبة في موقع البناء لا يشكل سبباً في تخفيف مسؤولية المقاول، لأن المفروض أن صاحب العمل غير خبير في فن البناء، فلا يعتد بوجوده وإشرافه."³¹⁶

و "قضى بأنه لا يرفع المسؤولية عن المقاول اشتراك المالك معه في الرأي أو تنفيذ المقاول لأمر المالك إذا كان فيه مخالفة لأصول الفن."³¹⁷

وعلى الرغم من وجود هذه الأحكام..

إلا أن ذلك لا يمنع قضاة الموضوع من الاعتداد في بعض الأحيان بخطأ رب العمل كسبب تنتفي به مسؤولية المماريين أو على الأقل التخفيف من هذه المسؤولية. فقد يحدث أحياناً أن تجتمع في خطأ رب العمل شروط القوة القاهرة، لاسيما شرط عدم إمكان التوقع، وشرط استحالة الدفع، فضلاً عن رجوع الحادثة إليه وحده، فتنتفي به مسؤولية المعماري عن الضمان العشري كلية. ويتمتع قضاة الموضوع في تقدير ذلك بسلطة تقديرية

³¹⁵ ياقوت. (د.ت). المرجع السابق. ف: 133. ص: 233.

³¹⁶ الحسيني، عبد اللطيف. (1987). المسؤولية المدنية عن الأخطاء المهنية. الطبعة: الأولى. بيروت: لبنان. الشركة العالمية للكتاب - دار

الكتاب اللبناني - دار الكتاب العالمي. ص: 255.

³¹⁷ منصور. (1984). مرجع سابق. ص: 115.

واسعة، تسمح لهم بقدر كبير من المرونة في الحكم وفقاً للظروف المحيطة بكل حادثة على حده. فلقد حكم مثلاً بإنتفاء مسؤولية المعماري كلية عن الضمان العشري بسبب خطأ رب العمل الذي أدى وحده إلى حدوث الضرر بإصراره الخاطئ على استخدام أسلوب جديد في التشييد لقلة تكلفته، وذلك على الرغم من تحذيره قبل استخدامه من المخاطر المرتبطة بمثل هذا الاستخدام. كما قضى بأن قرينة المسؤولية العشرية تسقط بسبب خطأ رب العمل المتمثل في التدخل المادي المفاجئ في تنفيذ الأعمال رغم جهله بقواعد الفن، متى كان تدخله غير ممكن التوقع أو الدفع وقت إبرام العقد، وكان هو السبب المباشر في حدوث الضرر المدعى به في البناء.³¹⁸

"وقد لا تتوفر شروط القوة القاهرة في خطأ رب العمل، ويعتد به مع ذلك في تخفيف مسؤولية المعماري عن الضمان، فتنقسم المسؤولية بينهما بحسب درجة جسامه خطأ كل منهما. ومن أمثلة ذلك أحكام القضاء، أن يتراخى في ترميم البناء فيؤدي ذلك إلى تفاقم الضرر. أو يعتمد توريد مواد بناء تالفة لا تصلح للغرض المعدة له في البناء."³¹⁹

وأخيراً: إذا كان الهلاك راجعاً إلى رب العمل أو ما يعادل الخطأ بأن يكون المقاول قد أعذر رب العمل تسلم البناء ولكنه لم يفعل فالهلاك هنا يكون على رب العمل لأن خطأه هو الذي سبب الهلاك، أما في حالة الهلاك نتيجة العيب في المادة التي قام بتوريدها رب العمل فنميز بين أمرين:

أ_ عدم علم المقاول بوجود هذا العيب في المادة: فهنا يكون الهلاك على رب العمل ولا يجوز له مطالبة المقاول بقيمة، إضافةً إلى أنه يلتزم بدفع قيمة الأجر المستحق له وتعويضه عن الأضرار التي لحقت به نتيجة هذا العيب.

ب_ علم المقاول بوجود عيب في المادة: فهلاك البناء نتيجة عيب في المادة الموردة من قبل رب العمل مع علم المقاول بوجود العيب ولم يتخذ الاحتياطات اللازمة لمنع استفحال ضرر هذا العيب، فإنه لا يستطيع المطالبة بقيمة أجره ولا بتعويض ما لحقه من ضرر بسببه. أما إذا كان المقاول قد أخطر رب العمل بعيب المادة ولكن هذا الأخير لم يكتث لذلك وطالبه بالمضي فهنا للمقاول أجره ولو هلك البناء بسبب هذا العيب.

³¹⁸ ياقوت. (د. ت). مرجع سابق. ف: 135. ص: 238.

³¹⁹ ياقوت. (د. ت). المرجع السابق. ف: 136. ص: 239. بتصرف.

4_الهلاك بخطأ الغير: انطلاقاً من إرادة المشرع في حماية المصلحة العامة فقد تشدد فيما يخص دفع مسؤوليتهم بسبب خطأ الغير .

"فإن خطأ الغير لا يدفع عن المهندس المعماري والمقاول قرينة المسؤولية الملقاة على عاتقهما بمقتضى المادتين 651 مدني مصري و 1792 مدني فرنسي، إلا إذا اجتمعت فيه شروط القوه القاهرة، فيجب أن يكون هذا الخطأ نفسه غير قابل للتوقع، ومستحيل الدفع. فإن لم يكن كذلك، ظل المهندس والمقاول مسؤولين عن كل الضمان نحو رب العمل، وكان لهما حق الرجوع على الغير المسؤول.³²⁰

ثانياً: التحلل من العقد بالإرادة المنفردة:

نستنتج من المادة (629) من القانون المدني السوري³²¹، أن هناك شروطاً للتحلل من عقد المقاولة وهي:

- 1_ أن يكون العمل محل عقد المقاولة لم يتم، وبالتالي يكون لمالك الأرض الحق في التحلل من العقد منذ إبرامه حتى ولو لم يبدأ العمل بالبناء، ويستمر هذا الحق إلى ما قبل إتمام البناء.
- 2_ أن يكون الطرف الذي يتحلل من العقد هو رب العمل (مالك الأرض) فالمشرع أعطاه هذا الحق دون المقاول الذي لا يستطيع التحلل من العقد بإرادته المنفردة بل يبقى ملتزماً بإتمامه حتى النهاية. وبالتالي فإن التحلل حق شخصي لرب العمل في مواجهة المقاول وورثة المقاول، وتبعاً لذلك لا يمكن لدائنيه أن يستعملوه باسمه بينما يملك حق استخدامه كل من خلفه العام والخاص كما لو نزل رب العمل عن المقاولة لغيره (خلف خاص) ولورثته بعد موته أن يستعملوا هذا الحق (خلف عام).

- 3_ "أن يكون التحلل راجعاً إلى إرادة رب العمل لا إلى خطأ المقاول. وإذا اقترن هذا الإنهاء بخطأ من رب العمل وسبب هذا الخطأ ضرراً للمقاول مستقلاً عن الخسارة التي لحقت والكسب الذي فاتته بسبب عدم تنفيذ المقاولة فإن

³²⁰ ياقوت، (د. ت). المرجع السابق. ف: 141. ص: 246.

³²¹ المادة (629): (1. لرب العمل أن يتحلل من العقد ويوقف التنفيذ في أي وقت قبل إتمام البناء على أن يعرض المقاول عن جميع ما أنفقه من المصروفات وما أنجزه عن الأعمال وما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل.

2. على أنه يجوز للمحكمة أن تخفض التعويض المستحق عما فات المقاول من كسب إذا كانت الظروف تجعل هذا التخفيض عادلاً ويتعين عليها بوجه خاص أن تنقص منه ما يكون المقاول قد اقتصده من جراء تحلل رب العمل من العقد وما يكون قد كسبه باستخدام وقته في أمر آخر.)

رب العمل ملزم بتعويض هذا الضرر.³²²

وقد جاء الموقف موافقاً لما نصت عليه المادة (1794) من القانون المدني الفرنسي حيث "نصت على إمكانية صاحب العمل المستقل في وضع نهاية تنفيذ الأشغال الجاري تنفيذها، إذا رغب في ذلك شرط أن يعرض على فاعل التقديم عن كل النفقات التي تحملها وعن الربح الذي حُرِمَ منه على هذا النحو.³²³

"إلا أن مطعن التعسف في استعمال الحق يشكل عقبة أمام لعبة نص المادة 1794 فمن الأكيد أنه ليس على صاحب العمل المستقل أن يكشف سبب تسويق إرادته في الفسخ، غير أنه لا يستبعد بسبب ذلك أن تمارس رقابة معينة في صدد سبب التسويق هذا. وفي حال التعسف يستحق موقفه أن يعاقب. ويجب أن يوصف الفسخ التعسفي المستوحى بأنه خداع (أو تدليس) أو تم عن سوء النية.³²⁴

4_ ألا يتضمن عقد المقاولة شرطاً يمنع رب العمل من التحلل وذلك لأن حقه في التحلل من العقد والتعويض ليس من النظام العام وبالتالي يجوز الاتفاق على ما يخالفه.

ثالثاً: موت المَقاول:

إن عقد المقاولة عامة يتميز بخصوصية تميزه عن باقي العقود فيما يتعلق بانقضائه في حال وفاة رب العمل أو المَقاول وذلك اعتماداً على مدى الأخذ بالحسبان الكفاءة والمؤهلات الشخصية لهما عند التعاقد. ففي حال وفاة رب العمل لم ينص المشرع السوري على نص صريح فيما يتعلق بهذه الحالة، ونعتقد أن عقد المقاولة لا ينقضي لمجرد وفاة رب العمل إذ لا يعول على كفاءته ومؤهلاته الشخصية عند التعاقد، وبالتالي يحل ورثته محله في العقد عند وفاته إذا لم يتفق على خلاف ذلك في العقد.

أما في حال وفاة المَقاول وحسب ما نصت عليه المادة (632)³²⁵، نستنتج أن انقضاء عقد المقاولة بوفاء المَقاول يتطلب شرطين:

³²² شنب. (1962). مرجع سابق. ص: 190.

³²³ هوييه. (2003). مرجع سابق. ف: 32363. ص: 1428.

³²⁴ هوييه. (2003). المرجع السابق. ف: 32367. ص: 1432.

³²⁵ المادة (632): (ينقضي عقد المقاولة بموت المَقاول إذا كانت مؤهلاته الشخصية محل اعتبار عند التعاقد. فإذا لم تكن محل اعتبار عند التعاقد فلا ينتهي العقد من تلقاء نفسه ولا يجوز لرب العمل فسخه في غير الحالات التي تطبق فيها المادة (629) إلا إذا لم تتوافر في ورثة المَقاول الضمانات الكافية لحسن تنفيذ العمل).

الأول: أن تكون مؤهلات المقاول محل اعتبار عند التعاقد. والمقصود بالمؤهلات الشخصية هي كل صفات المقاول الشخصية التي تكون ذات تأثير في حسن تنفيذ العمل، ومن ضمن ما يدخل في إطار المؤهلات الشخصية سمعة المقاول من ناحية الكفاية الفنية والأمانة وحسن المعاملة إضافة إلى ما قام به قبلاً من أعمال تكسبه تجربة علمية فيها. والبت في مسألة إذا ما كانت مؤهلات المقاول الشخصية محل اعتبار عند التعاقد مسألة واقعية وموضوعية يكون لقاضي الموضوع فيه الكلمة العليا.

فإذا كانت مؤهلات المقاول الشخصية محل اعتبار عند التعاقد ومات المقاول، تنفسخ المقابلة من تلقاء نفسها ولا يستطيع ورثة المقاول الاستمرار بها، ولا يستطيع رب العمل إجبارهم على ذلك. وفي حال تعدد المقاولين وكانوا متضامنين فموت أحدهم لا ينهي عقد المقابلة إلا بالنسبة إليه ويبقى ملزماً تجاه الآخرين، أما في حال توافرت في الورثة الضمانات الكافية لإنجاز المقابلة، فهنا لا يملك أي من رب العمل أو الآخرين إنهاءها ما لم يكن مشروطاً اجتماعهم في تنفيذ العمل.

الثاني: ألا تتوافر في ورثة المقاول الضمانات الكافية لحسن تنفيذ العمل، أما في حالة لم يوضع أي اعتبار لمؤهلات المقاول عند التعاقد. هنا ينظر إلى مدى توفر الضمانات الكافية لحسن تنفيذ العمل، فإذا لم تتوافر في الورثة هذه الضمانات لا تنفسخ المقابلة من تلقاء نفسها وعلى رب العمل حينها أن يلجأ إلى القضاء لفسخه، ولمحكمة الموضوع تقدير إذا ما كان يتوفر بالورثة الضمانات الكافية لإنجاز العمل. أما فيما يتعلق بالورثة فإذا كانوا لا يحترفون مهنة مؤرثهم أو لا يملكون القدرة على المضي بالعمل فإن لهم الحق بطلب فسخ العقد وللقاضي تقدير هذا الطلب فيما أن يحكم به أو يرفضه.

أما في حال توافرت في الورثة الضمانات الكافية لإنجاز المقابلة، فهنا لا يملك أي من رب العمل أو ورثة المقاول الحق بطلب فسخ العقد ويكون الورثة ملزمين بالمضي بالعمل وتنتقل إليهم حقوق مؤرثهم كما تنتقل إليهم التزاماته في حدود التركة. هذا ما لم يتم الاتفاق على اعتبار العقد منتهياً في حال وفاة أحد الطرفين.

والسؤال الذي يطرح نفسه ويشير الجدل هو.. حول آثار انقضاء عقد المقابلة بموت المقاول؟ وهنا لا بد

من التمييز فيما إذا كانت الوفاة قبل البدء بالعمل أو بعد البدء بالعمل:

أ_ ففي حالة الوفاة قبل البدء بالعمل: فإن المقاولة تنتسخ ولا أحد يرجع على الآخر بشيء.

ب_ أما في حالة الوفاة بعد البدء بالعمل: فإن رب العمل يلتزم بأن يدفع للتركة أقل القيمتين، قيمة ما أنفقه المقاول في العمل الذي أتمه وقيمة ما استفاد به رب العمل من هذا العمل وفقاً لمبدأ الإثراء بلا سبب.

المطلب الثاني: المحكمة المختصة بالنظر في فسخ أو تثبيت عقد المقاولة مقابل نسبة البناء:

من المقرر قانوناً أن لكل حق دعوى واحدة تحميه، وتحديد المحكمة المختصة بالنظر في طلب المقاول أو مالك العقار بفسخ أو تثبيت عقد المقاولة، يخضع لقواعد الاختصاص الواردة في المادتين (83) و (63) من قانون أصول المحاكمات، أي لاختصاص محكمة البداية المدنية الشامل للنظر بها. وتبعاً لذلك، المحكمة التي يقع في دائرتها العقار موضوع العقد.

كذلك فإن المحكمة المختصة بالنظر في دعوى الضمان العشري التي تعد حقاً شخصياً لمالك العقار (رب العمل) وخلفه_ في حال لحق به ضرر نتيجة إهمال أو تقصير من المقاول أو من المهندس_ هي محكمة البداية المدنية باختصاصها الشامل التي يقع في دائرتها العقار موضوع الدعوى، بصرف النظر عن قيمة الضرر اللاحق بالمدعي أو التعويض المطالب به تبعاً للمادة (63) من قانون أصول المحاكمات.³²⁶

أما فيما لو كان أحد أطراف العقد شخصاً عاماً، وموضوع العقد متصل بمرافق عام، فنكون هنا أمام عقد إداري، إذا كانت نية الإدارة الأخذ بأسلوب القانون العام مع وضع شروط غير مألوفة؛ وينعقد الاختصاص حينها للقضاء الإداري. فالعقود الإدارية لا تأتلف مع القواعد العامة للعقود المدنية، إنما مع أحكام القانون العام، وهي من عقود الإذعان كونها تنفرد فيها الإدارة بسلطات استثنائية تتجاوز بها قواعد القانون المدني.

(- العقد الإداري هو العقد الذي يبرمه شخص معنوي من أشخاص القانون العام بقصد تسيير مرفق عام وتنظيمه وتظهر فيه الإدارة نيتها في الأخذ بأحكام القانون العام بحيث يتضمن شروطاً استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص، كالأحكام التي ترد في دفاتر الشروط الخاصة والشروط العامة وفي أنظمة العقود لتقديم كفالة وحق

³²⁶ لدى مراجعتنا لسجلات محكمة البداية المدنية في السويداء (للسنوات الأخيرة) ومناقشة السادة القضاة المعنيين فيها، تبين أن جميع الدعاوى التي تقيد أمامها لجهة النزاع حول عقد المقاولة هي دعاوى تجارية بحتة، بغض النظر عن طبيعة كل عقد على حدة. وتطبق طرق الإثبات كافة (التجارية) على الطرفين بغض النظر عن صفة المتعاقدين.

الإدارة في فرض غرامات التأخير وفسخ العقد من جانب الإدارة في حال قصر المتعهد بالتنفيذ.

- لا يشترط في الشخص المعنوي أن يكون جهة إدارية فحسب، بل يمكن أن يكون جهة تمارس نشاطاً اقتصادياً أو تجارياً أو صناعياً.

- يختص مجلس الدولة بهيئة قضاء إداري بالنظر في النزاع الناشئ عن العقد وما يتفرع عنه.³²⁷

واجتهاد آخر: (إن العقارات الخاضعة لصفة النفع العام، يكون مجلس الدولة هو المختص للبت بالنزاع المتعلق بها وفق ما تأيد باجتهاد الهيئة العامة لمحكمة النقض قرار رقم 318 أساس 1580 لعام 2009)³²⁸.

المبحث الرابع: إشكاليات تنفيذ عقد المقابلة مقابل نسبة من البناء:

يبقى عقد المقابلة مقابل نسبة من البناء وسيلة من شأنها أن تحقق خطط الدولة وتحديد أهدافها الاقتصادية وطرق تحقيقها. فلا بد لكل دولة تطمح للتقدم والازدهار العمراني أن تضع خطة لنموها الاقتصادي استناداً لما تملكه من مقومات مادية وتكنولوجية وبشرية. وكلما كانت هذه المقومات كبيرة ومتوفرة، كلما اتسعت آفاق تطلعاتها إلى التنمية والرخاء. وعلى ضوء هذه الخطط وهذه المقومات تظهر عديد من المشاكل التي تواجه الأفراد في دوران عجلة البناء والعمران، وأخص بالذكر أطراف عقد المقابلة مقابل نسبة من البناء الذي يظهر جلياً في دراسة عقود المقابلة وتنظيمها بدايةً ومن ثم في تنفيذها وتطبيقها على أرض الواقع. وهذه الإشكاليات كانت حافزاً دفع بي إلى اختيار مادة البحث هذه والسعي لإيجاد حلول لبعض هذه المشاكل في تسليط الضوء عليها أو حتى تذليلها قدر الإمكان.

وسأقسم هذا المبحث إلى مطلبين، الأول يعرض الإشكاليات التي تنشأ عن عقد المقابلة مقابل نسبة من البناء وعقد التخاصص، والثاني يعرض الإشكاليات التي تنشأ عن تنفيذ عقد المقابلة مقابل نسبة من البناء.

³²⁷ المحامون. (2019). الأعداد: (9-12). قا: 7. ص: 559. المحكمة الإدارية العليا. قرار 1/ع/690 أساس 4543 تا 2019/10/28.

³²⁸ المحامون. (2020). قا: 21. ص: 286. قرار 1309 أساس 1346 تا 2019/10/1.

المطلب الأول: الإشكاليات الناشئة عن عقد المقاوله مقابل نسبة من البناء وعقد التخاصص:

تتعدد المشاكل التي تنشأ عن عقد المقاوله مقابل نسبة من البناء نفسه.. ومن أهمها حالة الشيوخ القسرية التي تظهر في حال غياب عقد التخاصص بين كل من المالك والمقاول، نتيجة عدم التوصل لاتفاق بين المقاول ومالك العقار في تخصص كل منهما بحصة معينة. إضافة إلى ذلك.. حالة الشيوخ الجبرية التي فرضها الواقع والتي أنتجت استحالة إزالة الشيوخ لآلاف الوحدات السكنية المشادة على أطراف المدن، حتى الداخلة منها في المخطط التنظيمي. وكذلك عدم التوسع في المخططات التنظيمية لتشمل الأراضي الأميرية الزراعية التي أساساً هي محل عقود مقاوله (أنجزت في ظل الأزمة السورية) وفي ظل الفساد المستشري الذي لا يخفى على أحد. حتى أن هذه المشكلة، يمكن أن تنشأ أيضاً بين كل من المالك أو المقاول أو المشتريين في البناء المشاد (المنجز)، في حالة عدم وجود عقد تخصصص.

وقد شاعت في سورية بيوع متعددة لمبانٍ وشقق سكنية أنشأت على أراضي زراعية أو خارج المخطط التنظيمي للمدينة أو البلدة، وذلك بموجب عقود بيع لا تتضمن بيع شقة، وإنما تتضمن بيع أسهم تعادل مساحة هذه الشقة، وذلك تجنباً لرد دعاوى تثبيت البيوع المتعلقة بهذه الشقق المخالفة لنظام ضابطة البناء. فتبعاً لها يلجأ المشتري للإدعاء أمام المحاكم المختصة لتثبيت عقد بيع خطي أو شفهي بعدد من الأسهم التي يملكها صاحب العقار، وبدوره، يحضر المالك (البائع) أمام المحكمة ويُقرّ بصحة بيع الأسهم موضوع الدعوى التي يملكها من أصل أسهم العقار. وتعتبر هذه الدعوى من الدعاوى الإقرارية التي درجت المحاكم على تثبيت العقود موضوعها، ونقل ملكية الأسهم التي تمّ الإقرار بها لاسم المشتري، مما يجعل الأشخاص الذين يشيدون أبنية في المناطق الزراعية والخارجة عن التنظيم يلجؤون إلى تلك الدعاوى تهرباً من بطلان البيوع المتعلقة بالشقق المخالفة لنظام ضابطة البناء. علماً أن هذه الأبنية مخدّمة من قبل الجهات المختصة (ماء_ كهرباء_ صرف صحي....) وكافة البنى التحتية التي تحتاجها رغم مخالفتها للأنظمة والقوانين التي أقرتها الجهات المعنية نفسها، والتي يجدر بها السعي لقمع هذه الظاهرة ومنع انتشارها عوضاً عن تقديم العون والمساهمة بانتشارها من خلال تأمين الخدمات الأساسية التي لولاها لما وجدت هذه الأبنية أصلاً.

فوجود عقود نموذجية شاملة لكل عناصر عقد المقاولة مقابل نسبة من البناء، تُنظم وفقاً لتراخيص وضابطة البناء، وتراعى فيها الأمور الفنية المتعلقة بنظام ضابطة البناء والإفراز والتنظيم، تُجنب أطراف العقد، وحتى الغير (المشتريين لاحقاً)، عبء الوقوع في مشاكل لا يمكن تداركها، وتجاوزات يصعب تسويتها.

كما وأن هنالك حالات تكون فيها مخالفات البناء قابلة للتسوية، وأخرى غير قابلة للتسوية..

فحالة أن تكون مخالفة البناء هي الزيادة على البناء مثلاً (زيادة طابق)، فإن كانت هذه الزيادة قابلة للتسوية لدى البلدية المعنية، فالأمر سهل وتطبق ذات شروط العقد على الزيادة. (إن وجود مخالفات في البناء لا تمنع من سماع الدعوى ما دام معالجتها إدارياً وإجراء التسويات عليها ممكناً).³²⁹

أما إذا كانت هذه الزيادة غير قابلة للتسوية، كأن تكون زيادة منفذة على الأملاك العامة أو في الوجيبة أو إضافة طابق غير مرخص به حسب المنطقة موضوع عقد المقاولة، عندها تظهر المشكلة الأساسية بأن هذه الزيادة المضافة مخالفة لضابطة البناء، وبالتالي لا تنطبق عليها شروط عقد المقاولة. وهذه تعتبر إشكالية أساسية لدى المحاكم النازرة بالنزاع الناشئ حولها، فتقوم المحكمة بتثبيت الجزء المتعلق بعقد المقاولة والموافق لنظام ضابطة البناء، وترد باقي الطلبات فيما يخص الجزء المخالف على اعتبار أن نظام الضابطة من النظام العام.

- والسؤال الذي يطرح نفسه في هذه الحالة، فيما لو قام كل من المالك والمقاول بالاتفاق على بيع هذه الشقة المضافة للبناء بدون ترخيص، رغبة منهما بالربح غير المشروع، فما مصير دعوى المشتري بتثبيت هذا البيع؟

لقد درجت المحاكم حسب الاجتهادات المستقرة ووفقاً للقانون بأن ترد تلك الدعاوى لأسباب تتعلق بالنظام العام وهو مخالفة الشقة موضوع العقد لنظام ضابطة البناء، وترفع إشارة الدعوى عن صحيفة العقار من بعد أن تكون قد وضعت، وبالتالي فإن مصير العقود التي تتعلق بأي بناء مضاف لما هو مرخص عليه، ولكل ما هو مخالف لنظام ضابطة البناء، هو رد طلب تثبيتها أمام القضاء. ونتيجتها هي إبطال تلك العقود بطلاناً مطلقاً لمخالفاتها للنظام العام.

كما ويمكن أن تواجهنا مشاكل في حال قيام المقاول أو مالك العقار ببيع مكررة لذات المقسم في العقار الواحد.

³²⁹ المحامون. (2021). الأعداد: (7-12). قا: 14. ص: 401. قرار 82 أساس 112 تا 2021/2/15.

والبيع العقاري المتتالية هذه ما هي إلا صورة من صور الاحتيال في حال توافر سوء النية، (بيع ذات المقسم أكثر من مرة من قبل ذات المقاول أو مالك العقار لأكثر من شخص). والحل الأنسب لمثل هذه الحالات هو "السجل المؤقت" لدى مجالس البلديات في المحافظات، والذي يهدف إلى سد الثغرة التشريعية للبيع المتعلقة بالمقاسم والشقق على المخطط وقيد البناء، التي لا يوجد لها صحيفة عقارية. وذلك عن طريق تسجيل كل عقد بيع لأحد هذه العقارات في السجل المؤقت، ليتسنى للجميع الإطلاع على هوية المالك الأخير للعقار، قبل التورط بعقد بيع جديد من المالك الأقدم (مالك العقار قديماً)، وذلك لأن أحكام السجل المؤقت تعتبر البيع المتتالية احتيالاً، خلافاً لقانون السجل العقاري الذي يعتبر أن البائع غير محتال طالما أنه يملك المبيع قيداً.³³⁰

(-) يجوز للأشخاص المرخص لهم بالتعاقد على تملك الأقسام قبل المباشرة بإشادة البناء فعلاً أي البيع على المخططات وذلك وفق المادة 4/ من القانون رقم 14/ لعام 1974.

- إن البيع قبل الترخيص غير جائز.

- لا يعتد بأي بيع يجري خارج السجل المؤقت وفق المادة 5/ الفقرة ب/ من نفس القانون.³³¹

وكذلك في حال البيع الصحيح المتكرر لذات المقسم في البناء المشاد أي تعدد المشترين والمشكلة في حصر تسلسل المشترين للتوصل لحقيقة انتقال ملكية المقسم من المقاول أو مالك العقار إلى آخر مشترٍ يطالب بنقل ملكية العقار لاسمه.

ويمكن أن تظهر مشكلة تواجه المقاول في أداء بنود العقد (عقد المقاول) في أثناء عمله في البناء واجب الإشادة.. فتظهر بعض الأشغال الواجب القيام بها والتي لم تذكر في عقد المقاول عند صياغته أو حتى الإشارة لها، علماً أنها واجبة الأداء، وعليه فيقوم المقاول حتى قبل أن يطلب الإذن خطياً من المالك بمباشرتها وأدائها، وهي ما يمكن الإشارة لها بالأشغال الإضافية التي تسبب إشكالية تدعى "اضطراب اقتصاد العقد".

³³⁰ أقر السجل المؤقت بالمرسوم رقم 82 لعام 2010 في الجمهورية العربية السورية، إلا أنه لم يتم إحداثه وتفعيله في جميع محافظات القطر رغم تحقق الهدف المبتغى منه، ويرجع الأمر في ذلك لعدم توافر الإمكانات المادية لإحداثه، وبحسب أهمية حجم التوسع العمراني في كل محافظة على حدة.

³³¹ المحامون. (2019). الأعداد: (9-12). قا: 12. ص: 529. هيئة عامة مدنية. قرار 302 أساس 376 تا 2019/11/5.

وهنا تخلق المشكلة بين المالك والمقاول من حيث مطالبة المقاول بقيمة هذه الإضافات من المالك على الرغم من عدم وجود مستند خطي بموافقة المالك على هذه الأعمال.

(- يشترط وجوب وجود تكليف من الإدارة بالأعمال الإضافية لإعلان أحقية المتعهد بقيمتها، ما لم تكن هذه الأعمال ضرورية وثابتة. وعلى هذا استقر الاجتهاد.

- إن تحفظ المتعهد على الكشف النهائية هو وسيلة من وسائل المطالبة.³³²

وقد كانت المادة (1793) من القانون الفرنسي قاسية في مواجهتها لهذا الأشكال وغير منصفة للمقاول..

حيث جاء في عقوبة المادة (1793) من القانون المدني الفرنسي في مصير الزيادات غير النظامية: "لا يمكن أن تفسح الأشغال الإضافية المنفذة بدون هذه الموافقة الخطية في المجال لأي دفع، حتى لو كانت قد تمت بعلم صاحب العمل المستقل وحضوره، أو إذا كانت ضرورية بسبب ظروف خارجية أو بغلط صادر عن المهندس المعماري. وليست للمقاول مراجعة في نظرية الإثراء غير المشروع أو بلا سبب لأن قاعدة المادة 1793 هي التي تشكل بالضبط "السبب" القانوني لهذه النتائج".³³³

المطلب الثاني: الإشكاليات الناشئة عن تنفيذ عقد المقابلة مقابل نسبة من البناء :

تتعدد المشاكل التي يمكن أن تواجهنا في أثناء تنفيذ عقد المقابلة مقابل نسبة من البناء على أرض الواقع في طور عملية البناء، ومثلها إشكاليات نواجهها في القضاء في أثناء السير في الدعاوى التي تتعلق بعقد المقابلة مقابل نسبة من البناء أو بآثاره، وتتعدد وتختلف أسباب هذه الدعاوى حسب الحال الذي وصل إليه أطرافه أو ما آل إليه تنفيذ إشادة البناء على العقار موضوع العقد.

ليس هذا وحسب.. ناهيك عن الإشكاليات التي تواجهنا فعلياً في أثناء تنفيذ آثار هذا العقد في دوائر الدولة ومؤسساتها وما يمس منها بشكل مباشر حقوق الأفراد وملكياتهم... وسأنتطرق لتسليط الضوء على عديد من هذه الإشكاليات كلّ حسب سببه كالتالي:

³³² المحامون. (2015). الأعداد: (7-12). قا: 274. ص: 727. مجلس الدولة المحكمة الإدارية العليا. قرار 1/212/ع/2014 أساس 1/30 تا 2014/3/17.

³³³ بينابنت. (2004). مرجع سابق. ف: 600. ص: 435.

قد تواجه المقاول عقبات كثيرة في طور البناء.. مثل فقدان المواد الأساسية أو حتى الكمالية منها التي سوف تتسبب بضياع الوقت واستغراق وقتاً أكثر لإتمام البناء ضمن المدة المتفق عليها، وأحياناً يضطره هذا إلى استيراده بثمان أعلى أو مسايرته احتكار التجار لبعض السلع لتجنب الإخلال ببنود العقد وتأخر تنفيذ البناء في الوقت اللازم.

علماً أن الوضع الأمني والاقتصادي السيئ الذي تمر به البلاد قد صَعَبَ المهمة على الجميع وبالأخص المقاولين ومتعهدين البناء بسبب ندرة مواد البناء وغلائها الفاحش الخارج عن القدرة الشرائية للمقاول حين أبرم العقد بدايةً. وكذلك قفل باب الاستيراد والتصدير الذي جعل الأمر بغاية الصعوبة في تأمين مستلزمات البناء كلها وأعطى الفرصة الأكبر لضعاف النفوس وتجار الأزمات بابتزاز المقاولين واستغلال فرصة حاجاتهم لإنجاز عقودهم والتخلص من الشروط الجزائية التي تحكمهم في العقود أو من سرعة ارتفاع أسعار باقي المواد التي تأتي تتالياً لغاية الوصول لنهاية عملية البناء.

وإن غلاء الأسعار المتزايد دون توقف زيادة تصاعدية دوماً، أصبح خارج حدود السيطرة وخارج دائرة التوقع والحسبان، وما جعل الأسعار تتغير تغييراً سريعاً ومستمرّاً ارتباطها بالدولار وبالعملات الصعبة المتداولة عالمياً التي أفقدت العملة الوطنية الكثير من قيمتها في السوق العالمية بسبب الحرب التي تمر بها البلاد وتدهور الوضع الأمني والاقتصادي الذي أصاب الأسواق بالجفاف وجنون الأسعار وأدى إلى تهريب رؤوس الأموال لخارج البلاد ووقوف عجلة الصناعة والاقتصاد.. هذا ناهيك عن العقوبات الاقتصادية التي فرضت على سورية والتي أجحفت بحق الشعب السوري كثيراً وأسهمت أكثر في تجويعه وتشريدته ودماره نفسياً ومادياً...

وهذا كله يدخل في تطور مفهوم القوة القاهرة، فزوال عنصر المفاجئة واستحالة دفعها، وكونها مستمرة وكل تعاملات الحياة تقع تحت سطوتها، وعدم قدرة الجهات المعنية بإزالة مفاعيلها، مع ضرورة التصدي لها، هو ما أوصلنا إلى عديد من الإشكاليات التي جعلت من أطراف العقد ضحايا هذه الظروف الاستثنائية، وبالأخص المقاول، فإن إكمال العمل من شأنه أن يلحق به خسارة فادحة.

وسؤال يطرح نفسه هنا، هل يمكن للمقاول عن طريق القضاء، أن يطلب تعديل نسبته في البناء إذا تضمن العقد

شرطاً يمنع المقاول من طلب زيادة حصته في حال ارتفاع الأسعار؟

ومن خلال بحثي عن إجابة لهذا السؤال وجدت أن هناك تناقضاً في أحكام واجتهادات محكمة النقض، فهناك اجتهادات أيدت ذلك، وبالمقابل عديد من الاجتهادات اعتبرت تغير الظروف الاقتصادية وارتفاع الأسعار ليس مبرراً لطلب تعديل الالتزام، وبالتالي لتعديل نسبة المقاول في البناء.

وبرأيي أنه من الواجب في هذه الحالة إعمال القاعدة القانونية "لا اجتهد في معرض النص"، وبالتالي يجب

تطبيق المادة (148) من القانون المدني السوري، التي نصت على:

- (1- العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون.
- 2- ومع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدية، وإن لم يصبح مستحيلاً صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك.)

ولا يختلف الحكم القانوني باختلاف التكييف القانوني للعقد، فالأمر ينطبق على عقد المقاولة مقابل نسبة من البناء سواء كان مدنياً أو تجارياً أو إدارياً. فحتى في القانون الإداري إذا تجاوزت الزيادة 15% يحق للمقاول إقامة دعوى تعويض على الإدارة. وعليه بعض الاجتهادات القضائية حول هذا الأمر:

(يُستحق التعويض عن زيادة الأسعار الطارئة في تنفيذ الالتزام متى كانت الزيادة من الضخامة بحيث تجاوز

النسبة التي يتحملها المتعهد اهتداءً بالمادة 63 من القانون رقم 51 لعام 2004 وقد حددت هذه النسبة بـ 15%

فإذا تجاوزت الزيادة الطارئة على الأسعار النسبة المتقدمة لكانت مرهقة وأصبح من حق المتعهد المطالبة

بالتعويض عن هذه الزيادة إسهاماً من الإدارة في تحمل عبء الزيادة المرهقة التي تؤدي إلى خسارة فادحة

للمتعهد، وإن الاتفاق على خلاف ذلك يعتبر باطلاً).³³⁴

(إن التعويض عن ارتفاع الأسعار هو تعويض قانوني مقرر بمقتضى أحكام المادة 63 من نظام العقود، وإن

³³⁴ المحامون. (2019). الأعداد: 9-12. قا: 2. ص: 634. محكمة القضاء الإداري. قرار 452 أساس 5/165 تا 2019/6/13.

إقامة الدعوى قبل تنظيم الكشف النهائي يُعدّ أبلغ وأقوى في الدلالة على التمسك بالحق من التحفظ على الكشف النهائي وتغني عنه.³³⁵

"وثمة أوضاع اقتصادية وتكنولوجية وسياسية تحدث بعد توقيع العقد، ولا تنطبق عليها قواعد القوة القاهرة، ولكنها تكون من الأهمية بحيث تستدعي التعويض عن الخسائر اللاحقة بطرفي العقد أو أحدهما، وتجري تسويتها عن طريق تطبيق قاعدة الظروف الطارئة أو نظرية غير المنظور... كما هو الأمر فيما لو حصل إغلاق مفاجئ لأسواق تصدير البضائع."³³⁶

ويبدو أن الحل الأولي يدعو للعودة إلى إعادة المفاوضات بين المتعاقدين بشأن العقد، بعدما تتبدى الظروف المستحدثة وأهميتها وتأثيرها الموجب لإعادة التوازن، بحيث تتخذ المفاوضات الجديدة منحى جديداً، ويترتب عليها تعديل بنود العقد. فإذا توصل المتعاقدان، بعد المفاوضات الجديدة، إلى تعديل بنود الاتفاق الأساسي، يكون بند "الهاردشيب" قد أدى دوره، وإذا امتنع أحد المتعاقدين عن إجراء المفاوضات الجديدة، فقد يحمل رفضه على أنه مبني على سوء النية ويؤثر في الحلول القضائية أو التحكيمية التي يحكم بها القاضي أو الحكم.³³⁷

وسؤال آخر يطرح نفسه هنا، "ما هو مصير العقد خلال الفترة التي تستغرقها المفاوضات لتعديله؟

نص النموذج الذي أعدته غرفة التجارة الدولية بهذا الشأن، على وجوب الاستمرار في تنفيذ العقد بكل شروطه الأصلية حتى يتم التعديل. ولكن هذا النموذج لا يعتبر ملزماً، وبالتالي يمكن للمتعاقد أن يضعاً بنداً في العقد ينص على أنه يعلق العقد في أثناء المفاوضة حتى اكتمالها والاتفاق على تعديل العقد.³³⁸

والهجرة لم تطل رأس المال فقط بل طالت معها الشهادات والعقول والأدمغة التي كانت جديرة ببناء بلدان العالم، عجزت للأسف عن بناء حجر واحد في أوطانها بسبب الفقر والجوع الذي أجبرها على الهجرة والسفر بحثاً عن لقمة العيش.

³³⁵ المحامون. (2015). الأعداد: 7-12. قا: 275. ص: 730. مجلس الدولة المحكمة الإدارية العليا. قرار 842/2010/ع أساس 3335 تا 2010/6/9.

³³⁶ ناصيف. (2008). مرجع سابق. ص: 191.

³³⁷ ناصيف. (2008). المرجع السابق. ص: 193.

³³⁸ ناصيف. (2008). المرجع السابق. ص: 196.

كان افتقار البلد ليس فقط من الجانب المالي بل ومن الجانب العلمي والتقني والمهني.... فأفضل المهندسين (وأخص في الذكر البناء والعمارة) وأبرع المقاولين وجدوا فرص نجاحهم خارجاً بعيداً عن بلدانهم وأبدعوا في فنون البناء والمشاريع الاقتصادية والعمرانية الكبيرة والضخمة منها حتى في بلدان اشترت مواهبهم مقابل مالاً يقوت عائلاتهم الجرحى والثكلى في مجتمع جائع ومدمر.

وحتى اليد العاملة افتقرت في سورية بسبب الهجرة ولذات الأسباب القاهرة التي طالت الشعب السوري وضيق سبل العيش فيه.

أضف إلى ذلك القوانين الضريبية المتواترة تتالياً والتي أثقلت كاهل الشعب السوري وزادت أعباءه أضعافاً.. فزيادة الضرائب التي طالت العقارات والضرائب الجمركية حتى أسهمت لحد كبير في عرقلة العمل العمراني وتردد المالكين و المقاولين في إبرام عقود المقاوله وخاصةً المقاوله مقابل نسبة من البناء وما تتطلبه طبيعة العمل من رخص بناء وبيانات مالية وضريبة البيوع العقارية الكبيرة للحصول على براءة ذمة وبيان مالي والكثير من الإجراءات المطلوبة التي طالتها قوانين التحصيل الضريبي والجباية....

وجميع هذه الإشكاليات والعوائق زادت في فسخ العقود والتحلل من الالتزامات وجعلت المقاولين يترددون في التعاقد على البناء مقابل النسبة، وصنعت هذه الأسباب أزمة كبيرة على السكن في بعض المحافظات بسبب زيادة إيفاد الناس المهجرة من منازلها ومحافظاتها نتيجة الحرب والوضع الأمني المتوتر الذي خلفه الإرهاب.

ومن الإشكاليات التي قد تنشأ عن عقد المقاوله مقابل نسبة من البناء أيضاً في حال إخلال أحد أطراف العقد عن القيام بالتزاماته أو التأخر بها أو عدم مطابقتها للشروط المتفق عليها، الأمر الذي يقود الأطراف إلى ولوج باب القضاء والدخول في دعاوى تطول في أروقة المحاكم مستغرقة وقتاً كبيراً في ظروف اقتصادية متقلبة أساساً_ إشارات الدعاوى وإشارات الحجز الاحتياطي التي تقيد على صحيفة العقار في بداية هذه الدعاوى بطلب من الخصوم.. أضف إلى أن هذه الإشكالية تخلق إشكالية أخرى كونها تخفض الرغبة في الشراء لمقاسم البناء موضوع الدعوى والإشارات، وتقلل من سعره الراجح في السوق بسبب طول بقائها على صحيفة العقار ولحال ترقينها عن الصحيفة بعد اكتساب الحكم في هذه الدعاوى الدرجة القطعية والحكم بترقين هذه

الإشارات.

وحتى بعد انتهاء الدعوى.. وفي أثناء تنفيذ الحكم.. تظهر إشكالية الحصول على موافقات أمنية تخص جميع أطراف الدعوى والحكم؛ الأشخاص المحكوم لهم والمحكوم عليهم؛ (من مقاول ومالك العقار والمشتريين والدائنين و....) والتي تتوقف عليها معاملة تنفيذ الحكم. وحتى معاملات فرز البناء بعد تصحيح أوصافه ومعاملات فراغه ونقل ملكيته.

وهذا خلق نوعاً من عدم الاستقرار العقاري في البلد كونه أصبح هناك الكثير من العقارات على الملكية الشائعة والتي لا يمكن فرزها بسبب شخص أو أكثر محكوم عليهم مسبقاً أو فارين من الخدمة الإلزامية أو مطلوبين للاحتياط في الخدمة الإلزامية أو..... الخ.

وبالتالي يتوقف فرز كامل البناء وتبقى حقوق باقي المالكين والمشتريين متوقفة على أمل حصول هذا الشخص على الموافقة الأمنية.

هذا كله، إضافة للوقت المستغرق أيضاً في القضاء بهدف تثبيت عقود البيع القطعية المقامة من قبل المشتريين على المقاول أو مالك العقار.

الخاتمة

في ختام هذا البحث الذي تناول موضوع الطبيعة القانونية لعقد المقاولة مقابل نسبة من البناء، تمّ استعراض أهم النقاط المتعلقة بهذا العقد من حيث تعريفه والأحكام المنظمة له، إضافة إلى التطرق إلى العقود المشابهة له والتميز بينهم، وتحدثنا عن أطراف العقد والتزاماتها، وعن مسألة تحديد النسبة المتفق عليها بين المقاول ورب العمل، والآثار الناجمة عن ذلك. وأشرنا إلى المقاولة من الباطن من حيث خصائصها وحالاتها، كما تم التركيز على موضوع المسؤولية المدنية للمقاول في حال تأخيرها في إنجاز العمل أو عدم مطابقته للشروط المتفق عليها، والمسؤولية العشرية للمقاول والمهندس المعماري في حال تهدم البناء أو تهديد سلامته. وطرق الإثبات المتبعة، وكذلك حالات إنهاء العقد رضائياً بإنجاز العمل أو فسخاً عن طريق القضاء، مع عرض للإشكاليات التي يمكن أن تنشأ عن العقد بحد ذاته أو عند تنفيذه مع تقديم بعض الحلول لبعض المشاكل. وأرجو أن يكون هذا البحث قد أسهم في تسليط الضوء على هذا الموضوع المهم والمثير للجدل، وأن يكون مفيداً لكل من يهتم بهذا النوع من العقود. وقد خلصنا من دراسة هذا البحث إلى عدة نتائج:

النتائج:

- (1). يلتزم المقاول بإنجاز العمل المطلوب وتسليمه لصاحبه في الزمان والمكان المحددين حسب الشروط المتفق عليها، كما يلتزم بضمان سلامة العمل وخلوه من العيوب وصلاحيته للانتفاع به بعد تسليمه لمدة متفق عليها في العقد.
- (2). يلتزم المقاول بتنفيذ البناء وفقاً للمخططات والمواصفات الهندسية الموافق عليها من قبل المالك والجهات المختصة، وباستخدام أفضل المواد والمعدات والعمالة المؤهلة، وبالجودة والدقة المطلوبة.
- (3). يحصل المقاول على نسبة مئوية من قيمة البناء (حصة سهمية) تحدد بالاتفاق بين الطرفين، ولا يجوز لأي من الطرفين المطالبة بزيادة أو نقصان في هذه النسبة إلا بموافقة خطية من الطرف الآخر.
- (4). يتحمل المقاول كل المسؤولية عن سير العمل والالتزام بالمواعيد والمواصفات المتفق عليها، وكذلك عن أي أضرار أو خسائر قد تحدث للبناء أو للغير نتيجة تقصير أو خطأ من جانبه أو من جانب عماله أو مورديه أو

مقاوليه من الباطن، ويضمن سلامة البناء وثباته لمدة عشر سنوات من تاريخ التسليم.

(5). يكون المقاول مستفيداً من زيادة قيمة البناء نتيجة لارتفاع أسعار المواد أو التغيرات في سوق العقارات أو

غير ذلك من الظروف، حيث يزداد دخله بزيادة نسبته من البناء.

(6). يكون المقاول مضطراً للتكيف مع التغيرات أو التعديلات التي قد تطرأ على المشروع خلال فترة التنفيذ، سواء

بطلب من صاحب العمل أو بسبب ظروف قهرية أو طارئة، وذلك دون المساس بحقه في نسبته من البناء.

(7). من خلال ما تقدم من مقارنة بين عقد المقاولة وبعض العقود المسماة الأخرى التي تشابهه، وجدت أن عقد

المقاولة يتوافق في جزء كبير من مفهومه مع عقد العمل، لكن عقد الأشغال العامة وبالرغم من كل الاختلافات

بينهما يبقى الأقرب إلى عقد المقاولة من الناحية العملية.

التوصيات:

(1). إن عدم اهتمام النظام القانوني بتنظيم عقود المقاولة عامة وعقود مقاولة البناء خاصة بما يتناسب مع

انتشارها الواسع، إضافة إلى التناقض بين أحكام القانون المدني والقانون التجاري بما يخص عقود مقاولة البناء.

مما يستوجب إحداث **تنظيم قانوني خاص** ينظم عقود مقاولة البناء ويوضح أحكامها بشكل مفصل وتكون جميع

نصوصه آمرة لا يجوز الاتفاق على مخالفتها، وتضمن تحقيق التوازن العقدي بين الطرفين إلى أن يقر مشروع

قانون مدني جديد.

(2). ضرورة وجود عقود نموذجية شاملة لكل عناصر عقد المقاولة مقابل نسبة من البناء، ومفاصله، شمولاً دقيقاً

ومدرساً، بحيث تتماشى مع الرخصة وضابطة البناء، وأن تعرض على مجلس المدينة أو البلدة أو القرية (البلدية

صاحبة الاختصاص) لجهة الأمور الفنية المتعلقة بنظام ضابطة البناء والإفراز والتنظيم بغية تجنيب الأطراف

أي نزاعات حول هذه الشروط. فمثل هذه العقود تستدرك الوقوع في كثير من المشاكل، وتجد حلولاً مسبقة لمشاكل

قد تحصل في أثناء سير العمل.

- (3). تفعيل النص المتعلق بالسجل المؤقت الذي نص على إحداثه المرسوم رقم 82 لعام 2010؛ كونه معطل وغير داخل حيز التنفيذ في الواقع العملي في معظم محافظات القطر العربي السوري.
- (4). يجب على رب العمل مراقبة سير العمل بانتظام، وأن يتواصل مع المقاول بشكل دوري للاطلاع على التقدم المحرز في البناء، ليكون على دراية أكبر قدر المستطاع بنوعية المواد المستخدمة وطريقة استخدامها، لأنه في كثير من الأحيان تبدأ عيوب البناء بالظهور في وقت وجيز بعد مضي مدة الضمان العشري. ولكن على أن يكون هذا دون أن يتدخل في شؤون المقاول الفنية أو الإدارية، ويعرقل سير العمل.
- (5). إدراج نص قانوني ينظم فيه المشرع عملية التسليم لأن المواد التي نص عليها القانون لا تكفي وحدها لتنظيم هذه المهمة والتي يترتب عليها آثار غاية في الأهمية كتسليم المقاول العمل، وهذا يساعد في التمييز بين التسلم والتسليم، وبالتالي يحدد التسليم الضمني والشخصي ويتم إثباته بشتى الوسائل الواجبة للإثبات.
- (6). جعل لفظ المهندس مطلقاً من حيث أحكام المسؤولية العشرية، ليشمل كل المشاركين في العملية المعمارية وذلك تيمناً بما فعل المشرع المصري حين أصدر القانون رقم (106) لعام 1976 والمعدل بالقانون رقم (30) لعام 1983، بشأن توجيه عملية البناء وتنظيمها، الذي جعل فيهما لفظ المهندس عاماً، وذلك استجابة للتطور الحديث في النشاط العمراني.
- (7). انتشار طائفة من المقاولين العاملين في هذا القطاع دون ترخيص مسبق أو شهادة مزاوله هذا النوع من المهن، ودون أي نوع من أنواع الرقابة، وهنا أرى ضرورة التأكيد على تفعيل دور نقابة المقاولين أكثر.
- (8). تفعيل الالتزام بشروط عقود الإشراف الهندسية، لأن عدم توافر الإشراف الهندسي الكلي الفعلي في الحالات التي نص عليها القانون من خلال توقيع عقود إشراف هندسية شكلية؛ يؤدي إلى إثارة عديد من النزاعات في أثناء التنفيذ.
- (9). إعفاء استيراد مواد البناء والتجهيزات الضرورية لإتمام إشادة البناء من الرسوم الجمركية.

قائمة المراجع

الكتب.

1. القرآن الكريم. سورة الكهف. الآية: 77. ط: 4. (1404هـ). دمشق: سورية. دار ابن كثير. ص: 611.
2. الأحمد، نجم. (2022). المسؤولية العشرية، دراسة مقارنة. دمشق: سورية. مطابع دار البعث. ص: 394.
3. بينابنت، آ. (2004). القانون المدني العقود الخاصة المدنية والتجارية. ترجمة: منصور القاضي. الطبعة الأولى. بيروت: لبنان. مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع. ص: 751.
4. الحسيني، عبد اللطيف. (1987). المسؤولية المدنية عن الأخطاء المهنية. الطبعة: الأولى. بيروت: لبنان. الشركة العالمية للكتاب - دار الكتاب اللبناني - دار الكتاب العالمي. ص: 429.
5. الحسيني، محمد أديب. (2004). موسوعة القضاء المدني الجديد، في اجتهاد محكمة النقض السورية - الغرف المدنية بين عامي 1991-2000. (ج: 3). دمشق: سورية. مكتبة دار اليقظة العربية. ص - ص: 3057 - 2129.
6. الحكيم، جاك يوسف. (2010-2011). الحقوق التجارية (الأعمال التجارية والتجار والمتجر). جامعة دمشق. (ج: 1). ص: 387.
7. حيدر، علي. (2003-1423). درر الحكام، شرح مجلة الأحكام العدلية. المجلد الأول. الرياض: السعودية. دار عالم الكتب. ص: 861.
8. الزحيلي، محمد. (1983). القانون المدني المقارن بالفقه الإسلامي، العقود المسماة، (البيع - المقايضة - الإيجار). دمشق: سورية. مطبعة خالد بن الوليد. ص: 687.
9. سلطان، أنور. (1998). الموجز في النظرية العامة للالتزام. القاهرة: مصر. دار المطبوعات الجامعية.
10. السنهوري، عبد الرزاق أحمد. (2000). الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على العمل (المقاولة والوكالة والوديعة والحراسة). المجلد: الأول. (ج: 7). (ط: 3). بيروت: لبنان. منشورات الحلبي الحقوقية. ص: 982.

11. سوار، محمد وحيد الدين. (1975-1976). شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام 1، المصادر الإرادية، العقد والإرادة المنفردة. (ج:1). جامعة دمشق. مطبعة دار الكتاب. ص: 419.
12. شنب، محمد لبيب. (1962). شرح أحكام عقد المقاولة. القاهرة: مصر.
13. طعمة، شفيق، واستانبولي، أديب. (1994). التقنين المدني السوري. (ج:5). دمشق: سورية. المكتبة القانونية. (ط: 2). ص - ص: 4149 - 5217.
14. طعمة، شفيق، واستانبولي، أديب. (1997). التقنين المدني السوري. (ج:6). دمشق: سورية. المكتبة القانونية. ص - ص: 5239 - 6275.
15. قره، فتحية. (1987). أحكام عقد المقاولة. الاسكندرية: مصر. منشأة المعارف. ص: 465.
16. مرسى، محمد كامل. (1953). شرح القانون المدني الجديد، العقود المسماة، عقد العمل والمقاولة. الطبعة الأولى. (ج:4). القاهرة: مصر.
17. مرشحة، محمود، وسلطان، فارس. (1990). القانون المدني (العقود المسماة). دمشق: سورية. مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية لطلاب السنة الثالثة. مطبعة ابن خلدون. ص: 788.
18. منصور، محمد حسين. (1984). المسؤولية المعمارية، في حوادث وانهار المباني، أثناء وبعد التشييد والتأمين الإجباري منها، (المهندسون والمقاولون - العمال والفنيون - موردو وصانعو مواد البناء - الملاك والسكان). الإسكندرية: مصر. منشأة المعارف. ص: 247.
19. ناصيف، الياس. (2008). عقد المفتاح في اليد. الطبعة الأولى. بيروت: لبنان. منشورات الحلبي الحقوقية. ص: 232.
20. النبواني، فاضل. (1991). الاجتهاد المدني الحديث، خلال عشرة أعوام من 1979 - 1988. (ج: 1). الطبعة الأولى. ص: 597.
21. النبواني، فاضل. (1991). الاجتهاد المدني الحديث، خلال عشرة أعوام من 1979 - 1988. (ج: 2). الطبعة الأولى. ص - ص: 607 - 1213.

22. النشواني، محمد صياح. (1993). القيود على الملكية العقارية وإشاراتهما في السجل العقاري. المجلد: الأول. الطبعة الأولى. دمشق: سورية. دار الأنوار للطباعة. ص: 607.
23. نصار، سمير. (2007). الأعمال التجارية والتجار والمؤسسات التجارية فقهاً واجتهاداً قضائياً. (ج: 1). الطبعة الأولى. دمشق: سوريا. المكتبة القانونية. ص: 604.
24. هوييه. ج. (2003). المطول في القانون المدني، العقود الرئيسية الخاصة. ترجمة: منصور القاضي. الطبعة الأولى. (مج: 2). بيروت: لبنان. مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع. ص - ص: 827-1640.
25. ياقوت، محمد ناجي. (د. ت). مسؤولية المعمارين بعد إتمام الأعمال وتسليمها مقبولة من رب العمل. الاسكندرية: مصر. دار وهدان، منشأة المعارف. ص: 331.
26. يكن، زهدي. (د. ت). شرح قانون الموجبات والعقود، المواد 657-680. (ج: 11). بيروت: لبنان. دار الثقافة. ص: 286.

القواميس.

1. مختار الصحاح. (1807/5). ص: 556.
2. المعجم الوسيط.
3. المنجد في اللغة والإعلام، المنجد في اللغة. (1992). ط: 33. بيروت: لبنان. دار المشرق. ص - ص: 1014 - 1.

المجلات والصحف.

1. ال علي، سعود. (2023- كانون أول). التزامات المفاوض الأصلي تجاه المفاوض من الباطن في عقد مقالة البناء من الباطن، دراسة تحليلية تأصيلية مقارنة. مجلة حقوق دمياط للدراسات القانونية والاقتصادية. كلية الحقوق. جامعة دمياط. العدد: 3. ص - ص: 1065 _ 1092.

2. ميرغني، هشام عبد الرحيم. (1431هـ - 2010، شباط). عقود البناء والإنشاءات المعاصرة تطبيقاً على

قواعد المقاولات، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية. العدد: 15. السنة: 08. ص_ص: 312 - 330.

3. مجلة القانون. (1987). العدد: 1-4. دمشق: سورية. وزارة العدل. ص: 687.

4. مجلة المحامون. (1991). العددان: 10-11-12. السنة: 56. ص_ص: 723 - 955.

5. مجلة المحامون. (1997). العددان: 1-2. السنة: 62. ص_ص: 1 - 198.

6. مجلة المحامون. (1999). العددان: 11-12. السنة: 64. ص: 1200.

7. مجلة المحامون. (2000). العددان: 7-8. السنة: 65. ص_ص: 801 - 1000.

8. مجلة المحامون. (2015). الأعداد: 7-12. السنة: 80. ص_ص: 435 - 832.

9. مجلة المحامون. (2016). الأعداد: 7-12. السنة: 81. ص_ص: 403 - 728.

10. مجلة المحامون. (2019). الأعداد: 9-12. السنة: 84. ص_ص: 481 - 718.

11. مجلة المحامون. (2020). السنة: 85. ص: 400.

12. مجلة المحامون. (2021). الأعداد: 7-12. السنة: 86. ص_ص: 246 - 516.

13. مجلة المحامون. (2022). الأعداد: 1-6. السنة: 87. ص: 235.

المواقع الالكترونية:

1. جعفر، محمد. (2022_ تشرين ثاني). عقد مقاول البناء في التشريع الأردني. موسوعة حماة الحق.

محامي الأردن. الرابط:

2. حمزة، ليث. (1-4-2021). الطبيعة القانونية للضمان العشري في عقود المقاولات. مجلس القضاء الأعلى. العراق. الرابط:

<https://www.sjc.iq>

النصوص القانونية.

(1). النصوص القانونية السورية:

1. القانون المدني السوري الصادر بالمرسوم التشريعي رقم (84) بتاريخ (18/5/1949)، وتعديلاته.
2. قانون أصول المحاكمات السوري الصادر بالمرسوم التشريعي رقم (84) لعام 1953، وتعديلاته.
3. قانون البيئات السوري الصادر بالمرسوم التشريعي رقم (359) لعام 1947.
4. القانون التجاري السوري الصادر بالمرسوم التشريعي رقم (33) لعام 2007، وتعديلاته.
5. قانون الأحوال الشخصية السوري الصادر بالمرسوم التشريعي رقم (59) لعام 1953، وتعديلاته.
6. القانون رقم (51) لعام 2004/11/24، نظام العقود.

(2). النصوص القانونية العربية:

1. القانون المدني المصري رقم (131) لعام 1948. وتعديلاته.
2. القانون المدني اليمني رقم (8) لعام 1988. وتعديلاته.
3. القانون المدني الأردني لعام 1976. وتعديلاته.
4. القانون المدني الليبي لعام 1953. وتعديلاته.
5. قانون المعاملات المدنية السوداني لعام 1984. وتعديلاته.

6. قانون الموجبات والعقود اللبناني لعام 1932. وتعديلاته.

7. القانون المدني الجزائري رقم (58-75) لعام 1975. وتعديلاته.

8. القانون المدني العراقي رقم (40) لعام 1951. وتعديلاته

9. قانون الالتزامات والعقود المغربي لعام 1913. وتعديلاته.

(3). النصوص القانونية الأجنبية المتاحة باللغة العربية:

القانون المدني الفرنسي لعام 1804، وتعديلاته.

Abstract

This study deals with researching the legal nature of the contracting contract versus the proportion of construction within the framework of the Syrian civil law No. 84 of 1949, the Egyptian civil law No. 131 of 1948 and the French civil law of 1804, and many other Arab civil laws.

This study discussed the criterion that can be depended on to describe the nature of this contract, the legal adaptation of each of its elements, the obligations of its parties, and the nature of the ten– year guarantee for both the contractor and the architect. Also, this study discussed the possibility of applying the civil rules of tort and contractual liability in the event of breach of contract obligations and the methods of proof used before the courts in the event of access to the door of the judiciary.

With the presentation of the effects of this contract and the set of problems that arise from the contract itself and that arise when implementing it.

The study also touched on some jurisprudence related to the contracting contract versus the proportion of construction.

Keywords: the contracting contract, the contracting contract versus the proportion of construction, subcontracting, decimal guarantee.



Syrian Arab Republic

Damascus University

Faculty of Law

Department Private law

**The legal nature of the contracting contract versus
the proportion of construction**

(Comparative Study)

A dissertation submitted in partial fulfillment of the
requirements for the degree of Master in private law

By

Diala Nasser ALhalabi

Supervisor

Dr. Jamal Mathkour

Professor in the private law department

(2022-2023)